

תום לב: עיון מושגי השוואתי

מאת

בנימין פורת*

החובה לנהוג בתום לב נחשבת אחת הסוגיות המשפטיות המרכזיות והמשפיעות של זמננו, במשפט הפרטי בכלל ובדיני החוזים בפרט. ברם דומה כי היקף הכתיבה בתחום עומד ביחס הפוך למידת הבהירות שהושגה בנוגע למשמעותו של המושג; אלפי העמודים שהצטברו לא הצליחו לפזר את הערפל מסביב לשאלה: תום לב מהו. מאמר זה מוקדש לעיון בהיבט המושגי והמינוחי של תום הלב, כלומר משמעותו של המושג וזיקתו למטבע הלשון שנבחר לייצגו. במוקדו השוואת דרכיהן המינוחיות השונות של שתי שיטות משפט החולקות שפה משותפת – המשפט הישראלי והמשפט העברי – וזאת לאור דילמות מושגיות העומדות במוקד הדיונים על עקרון תום הלב. עמידה על היחס הפנימי ועל "חלוקת העבודה" שמקיימים שני המונחים שקבע בהקשר זה המשפט העברי ("ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום") בינם לבין עצמם, ושבינם לבין המונח הישן-חדש שיצר המשפט הישראלי ("תום לב"), תסרטט תמונה מקיפה של המארג המושגי-מינוחי המורכב שהעברית מציעה לנו, ושאנו עדיין רחוקים מלמצותו.

מבוא. א. המונח "תום לב" בראי דילמות מושגיות. 1. הקדמה; 2. מושג אחד או ריבוי מושגים? 3. חובת התנהגות או מצב תודעתי? 4. הגדרה על דרך החיוב או על דרך השלילה? 5. כפיפות לתכלית החוזה או לערכים לא תלויים? 6. אמת-מידה אובייקטיבית או סובייקטיבית? ב. תום הלב במשפט התלמודי: מארג כללים ועקרונות. ג. ועשית הישר והטוב. ד. כופין על מידת סדום. ה. שני עקרונות משלימים: בין רכישת זכויות לבין מימושן. 1. "חלוקת העבודה" בין שני העקרונות; 2. הצדקות להבחנה; 3. ההיררכיה בין שני העקרונות; 4. בחינה לשונית של מונחי המשפט העברי בראי הדילמות המושגיות; 1. תרומות אפשריות למשפט הישראלי. 1. הרחבת המסגרת המינוחית של "תום הלב"; 2. היפוך ביחסי סעיף 12 וסעיף 39 לחוק החוזים; 2. סיכום.

מבוא

החובה לנהוג בתום לב נחשבת אחת הסוגיות המשפטיות המרכזיות והמשפיעות של זמננו, במשפט הפרטי בכלל ובדיני החוזים בפרט; היא "החשובה שבמהפכות שאותן עבר המשפט הפרטי בישראל מאז עצמאותנו"¹. מדפי הספרים כורעים תחת היבול הרב והעשיר של

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות לקטיה אסף, לחנינה בן מנחם, למשה דרורי, לאיל זמיר ולברכיהו ליפשיץ, שקראו טיוטות קודמות והאירו את עיניי בנקודות חשובות.

1 רע"א 6339/97 ווקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 283, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999). ובהקשר המשפט האנגלו-אמריקאי ראו, Thomas Bingham, *Foreword*, in REZIYA HARRISON,

כתיבה שהוקדשה לעקרון תום הלב.² ברם דומה כי היקף הכתיבה בתחום עומד ביחס הפוך למידת הבהירות שהושגה בנוגע למשמעותו של המושג; אלפי העמודים שהצטברו לא הצליחו לפזר את הערפל מסביב לשאלה: תום לב מהו. אנו בעלי אינטואיציות באשר לאופיו הכללי של המושג, אולם בה בעת מתקשים להגדירו בחדות.³

מרבית הדיונים שנערכו בשאלת תום הלב הוקדשו להיבטיו היישומיים של העיקרון ולהצדקותיו. במאמר זה אבקש להידרש להיבט שדומני כי זכה לתשומת לב מועטה יחסית: ההיבט המושגי-מינוחי של תום הלב, כלומר משמעותו של המושג וזיקתו למטבע הלשון שנבחר לייצגו,⁴ וממנו אפליג להיבטים יישומיים נלווים. כפי שניווכח, שיטה שיטה ובחירתה הלשונית כיצד לבטא את עקרון תום הלב, ויש בהשוואתן זו לזו כדי להאיר צדדים שונים של המושג עצמו.⁵ הציר המרכזי של המאמר יהיה השוואת דרכיהן המינוחיות השונות של שתי שיטות משפט החולקות שפה משותפת – המשפט הישראלי והמשפט העברי (התלמודי) – ובזיקה להשלכות המושגיות הנלוות. השוואות נוספות תהיינה לבחירותיהם המינוחיות של המשפט הגרמני ושל המשפט האמריקאי בסוגיית תום הלב.

GOOD FAITH IN SALES vi (1997) (“the most important contractual issue of our time”); 2 EDWARD A. FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 393 (3rd ed. 2004) (“The concept of good faith has, in a relatively few decades, become one of the peculiarly American cornerstones of our common law of contracts”)

2 לא אוכל למנות כאן את הספרות הרבה שנכתבה בנושא (לחלקה אפנה בהמשך המאמר). אסתפק בהפניה לכמה ספרים מרכזיים מן השנים האחרונות שהוקדשו לרדוקטינת תום הלב: GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW (Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker eds., 2000); STEVEN J. BURTON & ERIC G. ANDERSEN, CONTRACTUAL GOOD FAITH: FORMATION, PREFORMANCE, BREACH AND INFORCEMENT (1995); JOHN F. O’CONOR, GOOD FAITH IN ENGLISH LAW (1990); GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY (Angelo D.M. Forte ed., 1999); GOOD FAITH IN CONTRACT: CONCEPT AND CONTEXT (Roger Brownsword, Norman J. Hird & Geraint G. Howells eds., 1999); FAULT IN CONTRACT LAW (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., HARRISON; 1995), לעיל ה”ש 1.

3 “Despite its widespread recognition, the implied covenant of good faith and fair dealing is shrouded in mystery” (Thomas A. Diamond & Howard Foss, *Proposal Standards for Evaluating when the Covenant of Good Faith and Fair Dealing has been Violated: A Framework for Resolving the Mystery*, 47 HASTINGS L.J. 585, 585 (1996))

4 בין המחקרים שהוקדשו להיבטים הלשוניים והמושגיים של תום הלב יש למנות את מאמריו של Robert Summers, הנזכרים להלן בה”ש 69; Dennis M. Patterson, *Wittgenstein and the Code: A Theory of Good Faith Performance and Enforcement under Article Nine*, 137 U. PA. L. REV. 335 (1988); Edward A. Farnsworth, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code*, 30 U. CHI. L. REV. 666 (1963); Alan D. Miller & Ronen Perry, *Good Faith Performance*, 98 IOWA L. REV. 689 (2013). בספרות המשפטית בעברית משולבות הערות מינוחיות על אודות “תום הלב” בתוך הכתיבה הדוקטרינרית והנורמטיבית.

5 על מנת להבחין בין המושג כשלעצמו לבין מטבע הלשון שנבחר לייצגו אבחין בין תום לב (בלא מירכאות), אשר יציין את העיקרון הכללי, המושג כשלעצמו, לבין “תום לב” (במירכאות), אשר יציין את מטבע הלשון שהשתרש במשפט הישראלי.

זוהי אפוא הזמנה לחשיבה מחודשת על מונחים השגורים על לשוננו, שלעתים לבנו גס בהם עד שאיננו חשים בהם עוד את טעמם המקורי.⁶

האם העניין הלשוני-מינוחי כה מהותי מבחינה משפטית? יש להודות כי תוכנם של מושגים ושל עקרונות משפטיים אינו מוכרע על פי משמעותם הלשונית, ולא אחת תכנים משפטיים נודדים ממובנם המקורי בשפה.⁷ אכן, "מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי".⁸ אך בכך אין כדי להשמיע שהלשון חסרת חשיבות משפטית. המילים הן אבני המשפט,⁹ והעיון הלשוני ראוי להיקבע כנקודת המוצא של הדיון המשפטי אף אם לא כנקודת הסיום שלו. מעמדו המקדמי של העיון הלשוני אינו רק הכרח, חובה פורמלית שיש לקיימה, אלא הוא ביטוי למעמד המכונן שיש לשפה בעיצוב התודעה התרבותית, והמשפט בכללה.¹⁰ ככזו יש חשיבות מיוחדת לבחינת המונחים המשפטיים שבהם השיטה מביעה את עקרונותיה.

תהליך היווצרותו של מטבע הלשון המשפטי "תום לב" מעניין במיוחד בהקשר של מערכת היחסים שבין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי. שפתו של המשפט הישראלי מורכבת בין השאר משכבה לשונית שלמה שהיא מורשה מן המשפט העברי. "גמירת דעת", "תקנת השוק", "פשיטת רגל", "תקנת השבים", "שלא יהא חוטא נשכר", "שלוחו של אדם כמותו" – אלה הם רק חלק מן הביטויים שהמשפט הישראלי שאב מן המשפט העברי.¹¹ אמנם על דרך הרוב כיוון הזרימה הוא שאילה משפת המשפט העברי וקליטתה בשפת המשפט הישראלי,¹² אולם בכמה מקרים בודדים אירע תהליך הפוך: בבקשו אחר מונח

6 אמנם לכאורה עלול לצוץ קושי מתודולוגי בדיון בהגדרתו הראויה של מושג תום הלב ובבחירת המינוחים המתאימים לציונו כשהוא נעשה במנותק מדיון מקיף על יישומיו הרצויים וההצדקות להם. הלא לכאורה ראשית יש לקבוע מהן התוצאות המשפטיות הראויות, אחר כך ניתן לדון בשאלה כיצד להמשיגן כעיקרון משפטי, ורק לבסוף לעיין בשאלת המינוח המתאים לצורך זה. מנגד, עצם הדיבור על יישומיו הרצויים של עקרון תום הלב כבר מניח בחירה במונח כלשהו המשמש נקודת מוצא לדיון; אי אפשר לקיים דיון משפטי ללא בחירה מקדמית במינוח כלשהו. אכן, "צבת בצבת עשויה" (משנה, אבות ה, ח). לפיכך אני סבור כי יש מקום לדיונים מושגיים ומינוחיים העומדים בפני עצמם, בידיעה שהדברים תלויים בהיבטים יישומיים ונורמטיביים נוספים.

7 וראו ברכיהו ליפשיץ "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות" שנתון המשפט העברי יג 185 (התשמ"ז) (להלן: ליפשיץ "על הערב").

8 ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421, פס" 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980).

9 בדגש על דו-המשמעות שיש במילה העברית "משפט" כ-Sentence וכ-Law (גם בשפה האנגלית המילה Sentence מציינת הן צירוף מלים הן גזר דין). ראו אליעזר בן יהודה "משפט" מלון הלשון העברית הישנה והחדשה ז 3408 (בן יהודה הוצאה לאור, מהדורה עממית מיוחדת, 1948). לקשר שבין משפט (כ-Law) לבין "דבר" ו"דיבור" ראו ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי 85-87, ה"ש 7 שם (התשמ"ב) (להלן: ליפשיץ משפט ופעולה).

10 על כך ראו למשל בנג'מין לי וורף שפה, מחשבה, מציאות (איתמר אוסטרייכר ואח' מתרגמים, 2004). רעיון זה קשור בהגותם של הוגים נוספים, כדוגמת וילהלם פון-הומבולדט ולודוויג ויטגנשטיין.

11 וראו גם נחום רקובר ניבי תלמוד: אמרות, פתגמים ומטבעות לשון מתחום המשפט, ביאורם הוראתם ושימושם (1990).

12 זאת מבלי להיכנס לשאלה הידועה אם שאיבת מונח מן המשפט העברי היא לשונית בלבד, או שמא באה עמו גם פרשנותו המשפטית שהתקבלה במשפט העברי. על כך ראו גד טדסקי "על בעיות קליטה ועל

משפטי חדש פנה המשפט הישראלי אל ספרות המקרא וספרות חז"ל, נטל מתוכן מילים ומטבעות לשון שבמקורן לא היו בעלות משמעות משפטית, ומהן יצר מונחים משפטיים-עבריים חדשים. מעין זה היה בעניינו של "תום הלב". המחוקק הישראלי בחר שלא לתרגם מילולית את המינוחים המוכרים בשיטות משפט אחרות, כגון "Treu und Glauben" הגרמני או "Good Faith" האנגלי.¹³ במקום זאת הוא נטל מן השפה העברית את המונח "תום לב", שמקורו בלשון המקרא, שבו הוא הופיע בהקשרים לא-משפטיים¹⁴ ושתל אותו, לראשונה, בתוך הקשר משפטי. בדרך זו הפך המחוקק הישראלי מצרכן של מונחי המשפט העברי לשותף פעיל בהמשך יצירתם.¹⁵

אלא שבמקרה זה ייתכן שהיצירה הלשונית של מונח משפטי חדש בידי המחוקק הישראלי הייתה נחוצה במידה חלקית בלבד. כפי שאטען להלן, המשפט העברי מציע חלופות לשוניות למונח "תום לב", שיש בהן כדי להעשיר לא רק את מנעד השפה אלא גם את הבנת המושג ואף להעניק ממד מורכב יותר לאופני יישומו. בשתיים מן המרכזיות שבהן – "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום" – אבקש להתמקד בחלקן השני של המאמר. רבות כבר נכתב על כל אחד משני עקרונות אלה, המוכרים היטב לכל מי ששבילי התלמוד נהירים לו, אך טרם נידונו כראוי היבטיהם הלשוניים-מינוחיים ואף לא מערכת היחסים המשפטית ביניהם, בדגש על האופן שבו הם התקבעו בשימוש חכמי התלמוד וממשיכיהם. עמידה על "חלוקת העבודה" בין שני עקרונות הלכתיים אלה עשויה להעשיר את הדיון המתנהל כיום על משמעותו של עקרון תום הלב. אטען כי שילוב בין שני המונחים המקוריים של המשפט העברי ("ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום") ובינם לבין

מדיניותנו המשפטית" הפרקליט טז 348, 365 (1960) ("לעתים קרובות, בקלטו מוסד משפטי מן החוץ, קורא לו המחוקק שלנו בשם שאול מעולם ההלכה היהודית. ע"י כך מבקש הוא לקרב ולהנעים לנו את המוסד המאומץ. אך לא תמיד ברור בעיני הפרשן אם אותו עיבורת בא לשם 'קישוט' בלבד או שמא כרוכות בו תוצאות של ממש"). דוגמה לדבר בוויכוח שהתפתח בנוגע לפרשנותו הרצויה של המונח "גמירת דעת", שאותו שאל המחוקק הישראלי מן המשפט העברי, ראו סיני דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" שנתון המשפט העברי ו-1, 71, 104-97 (התש"ם).

13 על כך ראו ליד ה"ש 57 להלן.

14 על כך ראו ליד ה"ש 98 להלן.

15 תהליך דומה של יצירה לשונית התרחש בהקשרו של המונח "עשיית עושר ולא במשפט", כאשר השופט שניאור זלמן חשין נטל את הפסוק שבספר ירמיה: "קרא דבר ולא ילד עשה עשר ולא במשפט, בן צי ימיו יעזבו ויבא חריתו יקיה נבל" (ירמיהו יז 11), וממנו יצר מונח משפטי חדש, המציין את הענף המשפטי הידוע בעולם כ-Unjust Enrichment. אף זו יצירה לשונית-משפטית עברית-ישראלית מקורית. על כך ראו ד"כ 83, 3917 (התשל"ח); ד"כ 84, 152-161 (התשל"ט). לאמתו של דבר, גם המונח "חווה", המופיע במקורות העבריים הקדומים במובנים לא משפטיים (אלא במשמעויות אחרות, כגון נביא), נעדר במקורו משמעות משפטית, וכמעט שאינו משמש לציון הסכם (למעט החרגי: "כי אמתם כרתנו ברית את-מנת ועם-שאול עשינו חזה" (ישעיהו כח 15)). אך ראו ספר השרשים לר' יונה אבן ג'נאח, ערך חזה, עמ' 148 (מהדורת ברלין, 1896); ספר השרשים לרד"ק, ערך חזה, עמ' 99 (מהדורת ברלין, 1847)). לעומת זאת בעברית המודרנית, ובעקבותיה גם בשפתם של פוסקי ההלכה בעת החדשה, השתרש מונח זה במובנו המשפטי. על כך ראו ליפשיץ "על הערב", לעיל ה"ש 7, בעמ' 201; ליפשיץ משפט ופעולה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 48-50; איתמר ורהפטיג ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה 10-11 (מורשת המשפט בישראל, 2001) (להלן: ורהפטיג ההתחייבות).

המונח הישן-חדש שיצר המשפט הישראלי ("תום לב") יוכל לסרטט תמונה מקיפה של המערכת המושגית-מינוחית המורכבת שהעברית מציעה לנו ושאנו עדיין רחוקים מלמצותה.

כפי שניווכח, קשה להפריד בסכין חריפה בין המונח שנבחר לבין התוכן המשפטי שהוא מייצגו. עיקרו של המאמר עיון מושגי-מינוחי, אך ממנו נפליג אל עבר דיונים דוקטרינריים הקשורים במונחים המשמשים במגוון השיטות. אכן, הקשרים שבין שפה ומהות מורכבים מכפי הנראה במבט ראשון, ומתקיימת ביניהם הפריה הדדית בבחינת רצוא ושוב. חשיפה למינוחים הייחודיים שמציע המשפט העברי בשדה תום הלב פותחת את השער בפני הסדרים ואיזונים מורכבים שהוא קבע בתחום.

המונח "תום לב" מופיע בחקיקה הישראלית בשלושה מעגלים מתרחבים והולכים: במוקד ניצב המעגל החוזי, סביבו מעגל המשפט האזרחי, ומהם הוא הסתעף למעגל המשפט הציבורי.¹⁶ גבולות היריעה מחייבים למקד מאמר זה בהיבטים הראשוניים והגרעיניים של תום הלב, קרי בתחום דיני החוזים, וכן בכמה היבטים נלווים עיקריים בדיני הקניין. עיון נפרד ראוי להיעשות בנוגע להשלכות אפשריות של דיון זה בענפים נוספים של המשפט.

נפתח בעיון בכמה דילמות מושגיות ולשוניות הקשורות בעניינו של עקרון תום הלב, ולאורן אעריך את הבחירה הלשונית של המחוקק הישראלי תוך כדי השוואתה לבחירה הלשונית של המשפט הגרמני ושל המשפט האמריקאי (פרק א). בפרק ב אסקור את מארג הכללים והעקרונות שהעמיד המשפט העברי על מנת להסדיר את הנושא החוסה כיום תחת השם "תום לב", ובסעיפים שאחריו אקדיש דיון פרטני לשני העקרונות המרכזיים: "ועשית הישר והטוב" (פרק ג) ו"כופין על מידת סדום" (פרק ד). דיון זה יאפשר לנו לעיין במערכת היחסים וב"חלוקת העבודה" שבין שני עקרונות אלה (פרק ה). לבסוף, בפרק ו אדון בתרומות אפשריות שבהקשר זה עשוי המשפט הישראלי לשאוב מן המשפט העברי.

א. המונח "תום לב" בראי דילמות מושגיות

1. הקדמה

כידוע, שורשיה של דוקטרינת תום הלב במסורת המשפטית המערבית נעוצים במשפט הרומי,¹⁷ המשכה במשפט הקנוני,¹⁸ ולאחר תרדמה ממושכת היא ניעורה שוב בעת החדשה, בעיקר במאה העשרים. שיטות משפט קונטיננטליות העניקו לה בולטות, כגון

16 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 90–94 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים), וראו ליד ה"ש 31 להלן.

17 Martin J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, ed. MAX KASER, ROMAN PRIVATE LAW 107 (Rolf ; בעמ' 63, 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 122, 163 (1962). Dannenbring trans., 2nd ed. 1968); BARRY NICHOLAS, AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW

18 James Gordley, *Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune*, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, ed. ROLF ; לעיל ה"ש 2, בעמ' 93.

המשפט הגרמני,¹⁹ המשפט הצרפתי²⁰ והמשפט האיטלקי.²¹ מאוחר יותר הצטרף גם המשפט האמריקאי.²² כמעט מיותר לציין את המקום הנכבד שהמשפט הישראלי העניק לדרישה כי הצדדים ינהגו זה בזה בתום לב.²³ המשפט האנגלי נחשב סמן אופייני של כמה שיטות משפט שבהן עדיין מתחבטים אם להכיר בדוקטרינת תום הלב, ואם כן – באיזה אופן.²⁴

הגם שהכול ביקשו לציין רעיון שניתן לתארו (תיאור כללי בלבד) כחובת התחשבות בזולת, כל אחת מן השיטות סללה לעצמה דרך מינוחית משל עצמה. בסעיף זה אבקש להעריך את בחירתו של המחוקק הישראלי במונח "תום לב" בהקשר המשפט הפרטי, ובדגש על דיני החוזים. כפי שנראה להלן, מטבע לשון זה אינו תרגום מילולי של המונחים שנקבעו בשיטות משפט אחרות. הערכה ראויה של הבחירה המינוחית של המחוקק

- 19 ראו Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW BASIL S. MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE 119 (2nd ed. 2006); Werner F. Ebke & Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in FAULT IN CONTRACT LAW לעיל ה"ש 2, בעמ' 171; Scott Crichton Styles, *Good Faith in Contracting: A Principles Matter*, in GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY בפירוט בסעיפים הרלוונטיים מתוך ה-B.G.B. CODE CIVIL [C. CIV.] [CIVIL CODE] art. 1134 (Fr.) 20
- 21 Nadia E. Nedzel, A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, 12 TUL. EUR. CIV. L. FORUM 97 (1997); מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" חוזים כרך ג 313, 318 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: מאוטנר "תום לב").
- 22 James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 YALE L.J. 156 (1987); WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT 313 (1985); Edward A. Farnsworth, *Good Faith in Contract Performance*, in FAULT IN CONTRACT LAW לעיל ה"ש 2, בעמ' 153, 155 (להלן: Farnsworth, *Good Faith in Contract Performance*). היא אף הוכרה באמנות בינלאומיות שונות. למשל UNIDROIT, UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004, arts. 1.7, 4.8, 5.1.2. (2004); U.N. COMM'N INT'L TRADE LAW, UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, art. 7, Sales No. E.10.V.14 (2010).
- 23 על כך ראו ליד ה"ש 31 להלן. לזיקה של עקרון תום הלב הישראלי למשפט הגרמני ראו יואל זוסמן "תום לב" בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט 485 ו (1979); דרורה פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו 53 (1984).
- 24 Roger Brownsword, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law*, in GOOD FAITH IN CONTRACT: CONCEPT AND CONTEXT לעיל ה"ש 2, בעמ' 13; Michael G. Bridge, *Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?*, 9 CAN. BUS. L.J. 385 (1984); Hector L. MacQueen, *Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?*, in GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY לעיל ה"ש 2, בעמ' 5, 7; ROGER BROWNSWORD, CONTRACT LAW: THEMES FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY 111 (2nd ed. 2006) (להלן: BROWNSWORD, CONTRACT LAW); וראו לאחרונה פסק דין אנגלי המבשר שינוי: Yam Seng PTE Ltd. v. International Trade Corporation Ltd., [2013] EWHC 111 (QB) (Eng.)

הישראלי (כמו גם של מחוקקים אחרים) תושג באמצעות העמדתה בפני דילמות מושגיות שונות הקשורות בעקרון תום הלב ובדיקה אם אמנם מטבע הלשון שנבחר מצליח להבהיר כיאות את עמדתו של המשפט בנוגע לדילמות אלה.

העניין המיוחד שמעוררת דוקטרינת תום הלב נעוץ בהיותה משמשת לא בדמות כלל, אפילו לא בדמות סטנדרט, אלא בדמות עקרון-על, עיקרון "מלכותי"²⁵ מה בין כללים, לסטנדרטים ולעקרונות במשפט? בספרות נידונה ההבחנה בין כללים לבין סטנדרטים,²⁶ וכן הודגשה הבחנה נוספת בין כללים לבין עקרונות.²⁷ בהנחה ששתי ההבחנות נכונות ואינן חופפות זו את זו, פני הדברים נראים כך: כללים משפטיים חלים על עניינים מוגדרים ועל סיטואציות ספציפיות. כמו כן החלתם אמורה להביא לתוצאות ברורות וידועות מראש (חייב או פטור, בטל או תקף וכדומה) בלא צורך בהפעלת שיקול דעת מיוחד מצדו של מפעיל הכלל. לעומת זאת עקרונות תחולתם רחבה וחובקת שדות משפט רבים ואינה מוגבלת לסיטואציה ספציפית. כמו כן הפעלתם מטילה משקל מסוים על אחת מכפות המאזניים ומסמנת כיוון כללי של פתרון אשר גיבושו הסופי תלוי בשיקול-הדעת של מפעיל העיקרון. סטנדרטים משפטיים מכילים קריטריונים (סבירות, צדק, תקנת הציבור וכדומה), אשר בדומה לעקרונות, הפעלתם תלויה בשיקול-דעת ובמילוי תוכן מצדו של מפעיל הסטנדרט. אלא שבשונה מעקרונות, תחולתם של הסטנדרטים מוגבלת לסיטואציות ספציפיות, בתוך כללים מקומיים.²⁸ מבחינה זו תום הלב ודאי אינו כלל, שכן הפעלתו תלויה בשיקול-דעת ובמילוי תוכן. הוא גם אינו סטנדרט אלא עיקרון משפטי רחב, שכן תחולתו אינה מקומית אלא חובקת את דיני החוזים כולם. יתרה מזאת, "מצודתו פרושה [...] על כלל המערכת המשפטית בישראל",²⁹ והיא "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלא כל הארץ כבודו".³⁰ בכך נעוצה חשיבותו הרבה והשפעתו העמוקה של עקרון תום הלב, ומכאן

25 ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, פס' 15 לפסק דינו של השופט ברק (2003); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, פס' 7 לפסק דינו של השופט ברק (1993).

26 על כך ראו למשל Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term – Forward: The Justices of Rules and Standards*, 196 HARV. L. REV. 22 (1992); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1988). בהקשר המשפט המקראי ראו אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית: תמורה אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661 (2010).

27 על כך ראו למשל RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 40 (1997); יוסף רו עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב 317, 323 (1971).

28 ההבחנה בין סטנדרטים לבין עקרונות חשובה במיוחד מנקודת מבטו של המשפט העברי, שכן המשפט העברי ממעט להשתמש בסטנדרטים, אולם הוא משופע בעקרונות, ולא בכדי הוא. עניין זה חורג מגבולות היריעה הנוכחית.

29 ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אלון (1984).

30 עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין. תחולתו הרחבה של עקרון תום הלב מושגת באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), המרחיבו "גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". מעמדו של

הצורך בהבהרת הקשר בין המושג והמונח שנבחר לייצגו לבין התוכן והמשמעויות המדויקות שביקשו לצקת לתוכו.
 "תום לב" מופיע יותר מעשרים וחמש פעמים בחקיקה הישראלית.³¹ לנו חשובה החלוקה לשתי הקבוצות האלה המתייחסות למעגל המשפט הפרטי: הקבוצה הראשונה היא של הוראות המטילות על הצדדים חובה לנהוג זה בזה "בדרך מקובלת ובתום לב". לדוגמה, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע את החובה לנהוג בתום לב הן בשלב המשא ומתן הן בשלב קיום החוזה:

12. (א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

39. בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

חובות דומות פזורות במקומות נוספים בחקיקה האזרחית.³² הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 שידרגה את מעמדה של חובה זו והציבה אותה כאחד מעקרונות היסוד:

2. בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב.³³

הקבוצה השנייה היא של הוראות הקובעות את זכויותיו של אדם הרוכש בתום לב דבר מאדם שאחר כך התברר שהוא אינו הבעלים האמתי. כך למשל בהקשרה של "תקנת השוק" קובע חוק המכר, התשכ"ח-1968:

34. נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

תום הלב כעקרון-על נקבע בס' 2 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595. ראו ליד ה"ש 33 להלן.

31 מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 21, בעמ' 315.

32 למשל ס' 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 ("חיוב הנובע מחוזה מכר יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה"); ס' 4 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 ("חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה").

33 ס' 99 להצעת חוק דיני ממונות משמר את ס' 12 לחוק החוזים ("במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ינהג אדם בתום לב").

אף כאן פזורות הוראות דומות בכמה חוקים נוספים הדנות באדם המבקש לרכוש זכות או להשיג פטור מחבות ופעל בתום לב אף שלא עמד בתנאים הנדרשים כדין להשגת אותה זכות או פטור.³⁴

כאמור, הערכה ראויה של המונח "תום לב" תושג באמצעות העמדתו בפני כמה דילמות מושגיות רלוונטיות, שבאשר לכל אחת מהן יש לבדוק אם המונח שנבחר מסייע בפיזור הערפל או שמא דווקא תורם לעיבוי.

2. מושג אחד או ריבוי מושגים?

הדילמה המושגית הראשונה קשורה בפער שבין כלליותו של המושג לבין ריבוי משמעיו. כאמור, ככלל מובנו המקובל והאינטואיטיבי של תום הלב הוא התחשבות מסוימת באינטרסים הלגיטימיים של הצד שכנגד.³⁵ אולם כדי ליצוק בו תוכן משפטי קונקרטי גזרו ממנו, או שמא עדיף לומר יצקו לתוכו, כמה משמעויות־משנה ספציפיות יותר. אלא שאין

34 ראו ס' 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 ("נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן [...] יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום-לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם"); ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 ("התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב – זכותו עדיפה"); ס' 10 שם ("מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון"); ס' 80 שם ("הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב – זכותו עדיפה"); ס' 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 ("התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה"); ס' 508-513 בהצעת חוק דיני ממונות. בתוך קבוצה זו גם יש למנות הוראות המתייחסות להסתמכות שונות של אדם שלישי: הסתמכותו של אדם שלישי בתום לב על חוזה למראית עין (ס' 13 לחוק החוזים); מצבים מסוימים של פריעת זכות שהומחתה כשהדבר נעשה בתום לב (ס' 2(ב)–(ג) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969); קבלת מתנה בתום לב ממוריש, הסתמכות בתום לב על צו ירושה, חלוקת עיזבון בתום לב (ס' 63(ב), 73, 120(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965); קרובו של נאמן שעשה עסקה בנכסי נאמנות בתום לב (ס' 13(ה) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979); אדם שלישי שרכש בתום לב זכות משלוח שפעל ללא הרשאה (ס' 6(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965); מקים מחוברים בתום לב במקרקעין לא מוסדרים של חברו בלי שהיה זכאי לכך (ס' 23(א)(1) לחוק המקרקעין); זכותו לשיפוי של מציל, שפעל בתום לב (ס' 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979). מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 21, בעמ' 315, הצביע על קבוצה שלישית, שבהקשרה תום הלב משמש טענת פטור של בעלי תפקיד הנושאים באחריות לאינטרסים של הזולת, אשר פעלו באופן שגרם נזק לזולת. למשל, מנהל עיזבון (ס' 88, 133 לחוק הירושה); הורים כלפי ילדם הקטין ואפוטרופוס כלפי החסוי (ס' 22, 57 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962). ראו גם ס' 11 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967.

35 אף שמבחינת משמעותו הלשונית הטהורה המונח "תום לב" אינו בהכרח מרמז על יחס כלפי הזולת ואינו מוגבל למערכות יחסים בין-אישיות.

זה ברור אם משמעויות-משנה אלה עדיין בעלות מכנה משותף מוגדר. כך למשל צדדים הנוהגים בתום לב הם צדדים המקפידים לפעול בהוגנות, בהגינות, בסבירות, במהימנות, בכנות, בשיתוף פעולה ובנאמנות.³⁶ כל אחת ממשמעויות-משנה אלה עשויה לשמש תשתית לחובות מעשיות נפרדות. לדוגמה, תום הלב במובנו כמהימנות מחייב את הצדדים לעמוד בדיבורם; תום הלב במובנו ככנות מחייב אותם בגילוי פרטים מסוימים לצד שכנגד; תום הלב במובנו כהגינות מחייבם להימנע מלקבוע בחוזה תניות חריגות ולא מאוזנות שיקפחו את הצד שכנגד; תום הלב במובנו כקואופרטיביות מחייב אותם להימנע מלפגוע ברוח העסקה (גם אם הם מקפידים להיצמד ללשון החוזה בדווקנות); תום הלב במובנו כסבירות מחייב את הצדדים, בין השאר להימנע מתוצאות חוזיות אבסורדיות. אכן, משא כבוד זה שהמשפט הטעין על כתפי תום הלב גרם לכך ש"עקרון תום הלב הוא בעל אלף פרצופים".³⁷

האומנם ניתן להציב קשת רחבה זו של משמעויות-משנה, על שלל נגזרותיהן המעשיות, על כתפיו של מונח אחד, או שמא יש טעם באימוץ כמה מונחים מקבילים? ככל ש"סל" המשמעויות של תום הלב מתרחב והולך, כך אנו עלולים לגלות שכתפיו של המונח צרות מכדי לשאת את המשא. שימוש יתר במונח אחד עלול לשחוק אותו ולהפכו למונח חלול, אוטומטי וקלישאתי.³⁸

36 והשוו: RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §205 cmt. a (1981): "The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness" (להלן: RESTATEMENT), ובקודקס המסחרי האחיד הוגדר תום הלב כך: U.C.C. §1-201(20) (AM. LAW INST. & UNIF. LAW COMM'N 2001): "Good faith [...] means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing" (בנוסח המקורי הוגבלה הגדרה זו לצדדים שהם סוחרים, ובנוסח המתוקן היא הורחבה לכל שני צדדים באשר הם). למגוון תתי-המשמעויות שיוחסו לתום הלב ראו גם מאוטרנר "תום לב", לעיל ה"ש 21, בעמ' 336.

37 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 216 (2001). השוו Stephen Waddams, *Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations*, 9 J. CONT. L. 55, 57 (1995): "good faith is a multifarious concept". גם מבחינה מעשית כל אחת ממגוון המשמעויות שיש לתום הלב עשויה להתגלות כמתאימה רק לחלק מן המקרים אך לא לאחרים. לדוגמה, הגדרת תום הלב כמהימנות אינה מתאימה למקרים שבהם אחד הצדדים הצליח לקבוע בחוזה תנאים מקפחים ולא הוגנים. הגדרת תום הלב ככנות אינה רלוונטית למקרים שבהם צד לחוזה אינו מסתיר את מניעיו הבעייתיים. מבחינה זו, הצעתם של Diamond & Foss, לעיל ה"ש 3, בעמ' 600 – להעמיד את תום הלב על שתי קטגוריות משנה: סבירות ויושר – אמנם מקדמת את הדיון אך אינה פותרת את הבעיה במהותה.

38 וראו אזהרתו של השופט חשין, שנאמרה בדיוק בהקשר זה: "כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה ימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משהגענו לכאן, ואם נוסיף ונרחיב, יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית" (עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין).

חלק מבעיה זו פותר המשפט הישראלי באמצעות שורה של כללים (להבדיל מעקרונות),³⁹ המסדירים סיטואציות ספציפיות, כגון "הטעיה",⁴⁰ "עושק"⁴¹ ו"קיפוח".⁴² אמנם תאורטית ניתן להעלות על הדעת דיני חוזים שיסדירו גם סיטואציות אלה לפי העיקרון הכללי של תום הלב,⁴³ ובכל זאת המחוקק הישראלי בחר שלא לעשות כן וייחד להן כללים מקומיים והסדרים ספציפיים. כלומר, הוא לא סבר שהמונח "תום לב" אמור לשאת על גבו את הסיטואציות כולן, אלא יש לפרוק מעליו עניינים מסוימים ולהקל את המשא. ניתן לאבחן תופעה דומה, במידת מה, במשפט האמריקאי, אשר בצד העיקרון הרחב המחייב את הצדדים לנהוג ב-Good Faith,⁴⁴ קבע דוקטרינה ספציפית – Unconscionability – המסדירה מצבים של קביעת תניות חד-צדדיות בחוזה המקפחות את הצד שכנגד.⁴⁵ בכך יש כדי להקל

39 להבחנה בין כללים לעקרונות ראו לעיל ליד ה"ש 25.

40 ס' 15 לחוק החוזים.

41 ס' 18 שם. מבחינה מינוחית, המילה "עושק" מופיעה בכותרת הסעיף, ואילו הסעיף עצמו דן בניצול מצוקה ובקביעת תנאים בחוזה הגרועים במידה לא סבירה מן המקובל. ראו גם BÜRGERLICHES GESETZBUCH [B.G.B.] [CIVIL CODE] §123 (Ger.): "Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung" ["Voidability on the grounds of deceit or duress"]. (בשל מרכזיותו של הניתוח הלשוני במאמר זה אביא את סעיפי ה-B.G.B. במקורם הגרמני, ובסוגריים מרובעים אצרף את התרגום לאנגלית של משרד המשפטים של גרמניה, הניתן לצפייה בכתובת: [http://www.gesetze-im-internet.de/](http://www.gesetze-im-internet.de/(englisch_bgb/index.html)

42 חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. עילת ה"קיפוח" היא אמנם סטנדרט, שכן הפעלתה תלויה במילוי תוכן ובשיקול דעת מצדו של מפעיל הסטנדרט, אך בשונה מתום הלב היא אינה עיקרון, שכן היא חלה אך ורק במקרה הספציפי של חוזים אחידים. להבדל בין סטנדרטים לבין עקרונות ראו לעיל ליד ה"ש 25.

43 "חלק ניכר מן המצבים העוברתיים שתוארו לעיל כהשתקפויות של עקרון תום הלב, ניתן להעלות ברשת הוראות פרק ב' של חוק החוזים, הדין בפגמים בכריתת חוזה. התנהגות המנוגדת לדרישת תום הלב במהלך משא-ומתן יכול ותביא לידי טעות, יכול ותהווה הטעייה, ובנסיבות קיצוניות יכול ותגיע כדי עושק" (גבריאלה שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" משפטים ז 118, 147 (1976) (להלן: שלו "סעיף 12").

44 ס' 1-304 ל-U.C.C.: "Every contract or duty within this Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement", RESTATEMENT ; obligation of good faith in its performance and enforcement, לעיל ה"ש 36, § 205: "Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement."

45 U.C.C. §2-302 (1) (AM. LAW INST. & UNIF. LAW COMM'N 2002): "If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any clause so as to avoid any unconscionable result", RESTATEMENT ; unconscionable clause as to avoid any unconscionable result, לעיל ה"ש 36, § 208: "If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result". ספרות רבה נכתבה בהקשר דוקטרינה זו. ראו למשל David Gilo & Ariel Porat, *Viewing Unconscionability Through a Market Lens*, 52 WM. & MARY L. REV. 133 (2010); Horacio Spector, *A Contractarian Approach to Unconscionability*, 81 CHI. KENT L. REV. 95 (2006); Larry A. Dimatteo & Bruce L. Rich, *A Consent Theory of Unconscionability*:

אך במעט מכובד המשקל המכביד על כתפי עקרון תום הלב, ועדיין עיקרון זה מצופה להתמודד עם מגוון רחב ועשיר של מקרים.

בהקשר זה חשוב לציין עיקרון משפטי אחר – שימוש לרעה בזכות – שהיה יכול לכאורה להיחשב פועל בד בבד עם עקרון תום הלב וחולק עמו את נטל המשא. ⁴⁶ היה ניתן לפרש את הביטוי "שימוש לרעה" כמונח הפועל לצד "תום לב", שיש בו כדי לגוון את הלשון, להעשיר את המשמעויות ולהציע אמות-מידה אחרות. ⁴⁷ אלא שלמעשה, דוקטרינת השימוש לרעה בזכות התפרשה כביטוי של עקרון תום הלב וכמקרה פרטי שלו. ⁴⁸ לפיכך היו מי שהציעו "לוותר על הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות ולהסתפק בתחולה של עקרון תום הלב על כל הזכויות שבתחום המשפט הפרטי". ⁴⁹ ואכן, בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011 נבלעה דוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות" בתוך עקרון תום הלב ולא השתמרה כעצמאית. זהו ביטוי נוסף ליחידותו של המונח "תום לב" ולהגמוניה שהוענקה לו בשפת המשפט.

כפי שנראה בהמשך הדברים, בדיוק בנקודה זו מציע המשפט העברי להפריד, מושגית ומינוחית כאחת, בין הדרך הראויה לשימוש בזכויות קיימות (בהקבלה מסוימת לעקרון "שימוש לרעה בזכות") לבין הדרך הראויה להשגת זכויות חדשות.

3. חובת התנהגות או מצב תודעתי?

לאמתו של דבר, הבעיה המינוחית סבוכה עוד יותר. לא רק שתום הלב מציין שלל התנהגויות שונות, אלא שכפי שהראה Farnsworth, ⁵⁰ אנו משתמשים במונח "תום לב" גם כדי

An Empirical Study of Law in Action, 33 FLA. ST. U. L. REV. 1067 (2006); Mark Pawlowski, *Unconscionability as a Unifying Concept in Equity*, 16 DENNING L.J. 79 (2001); Peter Benson, *The Unity of Contract Law*, in THE THEORY OF CONTRACT LAW 118, 184 (Peter Benson ed., 2001); A.H. Angelo & E.P. Ellinger, *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 455 (1992); SINAI DEUTCH, UNFAIR CONTRACTS: THE DOCTRINE OF UNCONSCIONABILITY (1977).

⁴⁶ ס' 14 לחוק המקרקעין: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". מקורה של דוקטרינה זו במשפט הקונטיננטלי. ראו למשל ס' 226 ל-B.G.B.: "Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen" ["Prohibition of chicanery: The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another"]

⁴⁷ דא עקא, שהמונח עצמו – "שימוש לרעה" – אינו מופיע בלשון החוק.

⁴⁸ אורי ידן "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" ספר אורי ידן כרך א 281, 282 (אהרון ברק וטנה שפיניץ עורכים, 1990).

⁴⁹ יהושע ויסמן דיני קניין כרך ב – בעלות ושיתוף 71 (1997); עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק. לגישה שונה ראו אריאל רוזן צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד 651, 669 (1975); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 92. ראו גם מאוטר "תום לב", לעיל ה"ש 21, בעמ' 328. עוד ליחסי עקרון תום הלב ודוקטרינת השימוש לרעה בזכות במשפט הקונטיננטלי ראו 2 KONARD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 314 (Tony Weir trans., 2nd ed. 1987).

לצייין מצבי תודעה שאין בהם כל חובת התנהגות:⁵⁰ כאמור לעיל, תקנת השוק מסדירה את זכויותיו של אדם שרכש דבר מה בתום לב אף אם אחר כך התגלה שהמוכר אינו הבעלים האמתי.⁵¹ כאן המונח "תום לב" מציין את תמימותו של הקונה, שאינו חושד כי המוכר אינו הבעלים האמתי, ובהקשר זה אין לתום הלב דבר עם כללי התנהגות. במקומות שבהם מדובר בכללי התנהגות, משמעותו של עקרון תום הלב היא הטלת חובה, ואילו כשמדובר במצבי תודעה (כגון בתקנת השוק), עקרון תום הלב אך ורק קובע את תוצאותיה של תודעה תמת לב אך אינו מטיל חובה (הקונה אינו חייב לרכוש בתום לב, אלא שאם ירכוש שלא בתום לב ממי שאינו הבעלים האמתי לא תהיינה לו זכויות בנכס).⁵² האומנם יכול מונח אחד לתאר בו זמנית חובות התנהגות של התחשבות בזולת ותוצאות של מצבי תודעה תמימים?⁵³ נראה כי קשיים מעין אלה הובילו את המחוקק הגרמני שלא להסתפק במונח אחד שיבטא שני מובנים מובחנים אלה של תום הלב, אלא לפתח שני מונחים נפרדים. כאשר הוא

50 Farnsworth, *Good Faith*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 669. ראו גם Waddams, לעיל ה"ש 37, בעמ' 56.
 51 ראו לעיל, ליד ה"ש 34. גם במשפט האמריקאי משמש אותו המונח – "Good Faith" – הן לתיאור חובות ההתנהגות של הצדדים, לעיל ה"ש 44, הן לתיאור זכויותיו של המחזיק בנכס במקרה של תחרות זכויות: RESTATEMENT, לעיל ה"ש 36, § 362: "Except as otherwise provided by statute, the right of an assignee is superior to that of a subsequent assignee of the same right from the same assignor, unless [...] the subsequent assignee in good faith and without knowledge or reason [...] to know of the prior assignment gives value [...] 'Buyer in ordinary course of business' means a person that buys goods in good faith, without knowledge that the sale violates the rights of another person in the goods [...]"

52 אורי ירין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה 50, 51 (שמעון שטרית עורך, 1976) (להלן: ירין תום לב); איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 162 (1987) (להלן: זמיר חוק המכר). ברם בנסיבות מסוימות אפשר שתחול על הקונה חובה מכוח העברה של החזקת רכוש החשוד כגנוב (ס' 413 לחוק העונשין, התשל"ז–1977).
 הבדל נוסף בין שני ההקשרים של תום הלב קשור במתח שבין מובנו האובייקטיבי של תום הלב לבין מובנו הסובייקטיבי (שבו אדון בהרחבה להלן, ליד ה"ש 82): כשהוא מופיע בהקשר של הטלת חובת התנהגות, מקובל שמובנו של תום הלב הוא אובייקטיבי, וכשהוא מופיע בהקשר של תיאור תוצאותיה של תודעת הרוכש, יש שיטות משפט, והמשפט הישראלי בכללן, שקבעו כי מובנו של תום הלב הוא סובייקטיבי. ראו למשל, ע"א 92/78 שטרית נ' קאר טורס (ישראל) בע"מ פ"ד לג(1) 331, פס' 4 לפסק דינו של השופט כהן (1979); זמיר חוק המכר, שם, בעמ' 702; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 514 (להלן: פרידמן וכהן). אמת-מידה סובייקטיבית של תום הלב בתקנת השוק משמעה שבאותן נסיבות לא חשד הקונה שהנכס גנוב, ואילו אמת מידה אובייקטיבית בהקשר זה משמעה שבאותן נסיבות הקונה הסביר לא היה חושד שהנכס גנוב. לפרשנות אובייקטיבית של תום הלב בהקשר של תחרות זכויות ראו למשל הוראת ה-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 51. ברם בין כך ובין כך, בשתי האפשרויות מדובר בתוצאות של מצב תודעתי ולא בהטלת חובת התנהגות (כלומר גם לפי האפשרות האובייקטיבית הקונה אינו חייב לפעול לבירור זהותו של המוכר, אלא שאם הוא יתגלה כנאיבי במידה לא סבירה, לא תהיינה לו זכויות בנכס).

53 ההבחנה בין שני מובנים אלה של תום הלב מבהירה כיצד המשפט האנגלי הקלאסי יכול היה לקבל את המובן האחד של תום הלב – תום הלב כמצב תודעתי בהקשר של תחרות זכויות (ראו למשל *Lawson v. Weston*, (1803) 170 Eng. Rep. 640; 4 Esp. 56 (K.B.) (Lord Kenyon); *Gill v. Cubitt*, (1824) 107 Eng. Rep. 806 (K.B.) – ובו בזמן לרחות את מובנו השני של תום הלב – כלומר כחובה לקיים את החוזה בתום לב. וראו לעיל ה"ש 24.

קובע את זכויותיו של הרוכש בתום לב הוא משתמש בביטוי "guter Glaube"⁵⁴; שתרגומו הוא "אמון טוב" והוא מציין מצב תודעתי.⁵⁵ לעומת זאת כאשר הוא מטיל על הצדדים חובות התנהגות בתום לב הוא משתמש בביטוי שונה: "Treu und Glauben", המציין אמת מידה התנהגותית.⁵⁶ אכן, תרגומו המדויק של הביטוי "Treu und Glauben" אינו "תום לב" או "Good Faith" אלא "נאמנות ואמון" (Fidelity and Faith),⁵⁷ ככל מונחים שבאמצעות ר' החיבור (und) מצרפים זה לזה מרכיב של כוונה (Glaube) ומרכיב של מעשה (Treu).⁵⁸ לא זו אף זו, הבעייתיות במונח "תום לב" אינה רק בהיותו מונח אחד המשמש בשני הקשרים שונים לגמרי, אלא גם בכך שהוראתו הראשונית מתאימה להקשר של תיאור מצב תודעתי – כוונות הלב – ומבחינה לשונית אין בו דבר הקושר אותו לחובות התנהגות.⁵⁹ זאת בשונה מן המונח הגרמני "Treu und Glauben", אשר כפי שראינו לעיל משלב יסוד של כוונה ויסוד של התנהגות. אכן, חוק החוזים אינו מורה כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, או בעת קיום החוזה, חייב אדם "להיות בתום לב" אלא "לנהוג בתום לב", ובכך קיווה המחוקק לצרף מעשה לכוונה. אלא שבאופן פרדוקסלי, הצירוף "לנהוג בתום לב" מדגיש את הפער בין הוראתו הלשונית של המונח, המלמד על כוונות רצויות, לבין המשמעות המשפטית שהמחוקק שאף להורות עליה, בשדה ההתנהגות.

54 'ס' 939 ל-B.G.B. § 929: *Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten*: Durch eine nach § 929 B.G.B. erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte" [*Good faith acquisition from a person not entitled*: As a result of a disposal carried out under section 929, the acquirer becomes the owner even if the thing does not belong to the alienor, unless the acquirer is not in good faith at the time when under these provisions he would acquire ownership. In the case of section 929 sentence 2, however, this applies only if the acquirer had obtained possession from the alienor"]

55 ראו GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30; זוסמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 486.

56 'ס' 242 ל-B.G.B.: *Leistung nach Treu und Glauben*: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" [*Performance in good faith*: An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration"] חובה דומה וביטוי זה מופיעים ב-B.G.B. פעמים נוספות. ראו למשל שם, 'ס' 157, 162, 275, 307, 320, 815.

57 ראו GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18.

58 וכפי שהסבירו שם, בעמ' 30: *Treu* [...] signifies faithfulness, loyalty, fidelity, reliability; *Glaube* means belief in the sense of faith or reliance" : 31-30. אמנם, כפי שהם מציינים שם, בעמ' 30-31: "The combination of *Treu und Glauben* is sometimes seen to transcend the sum of its components and is widely understood as a conceptual entity" למרות זאת דומה שישנה בעייתיות כפולה – לשונית ומושגית – בתרגום של שני המונחים הגרמניים הנפרדים למונח אחד באנגלית ("Good Faith") או בעברית ("תום לב"). השוו למשל פלפל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 57 ("המונח של נאמנות ואמונה נראה לי כמקביל למינוח 'תום לב'").

59 בכך דומה "תום הלב" בשפה העברית ל"Good Faith" בשפה האנגלית.

על אף האמור דומה כי המחוקק הישראלי בכל זאת ניסה לקבוע הבדל דק בין שני ההקשרים של תום לב. כאשר הוא דן בחובות התנהגות, הוא השתמש בביטוי המורחב: "בדרך מקובלת ובתום לב",⁶⁰ ולעומת זאת כאשר הוא תיאר את זכויותיו של רוכש ממי שאינו הבעלים, הוא השתמש בביטוי הקצר יותר: "בתום לב".⁶¹ מה משמעותו של מטבע הלשון "בדרך מקובלת"? כפי שנראה להלן, בעניין זה נחלקו הדעות.⁶² ומכל מקום, הכול מסכימים שביטוי זה מציין יסוד התנהגותי כלשהו (ולא מצב תודעתי). לפיכך נראה שבאמצעות הביטוי המשולב "בדרך מקובלת ובתום לב" ביקש המחוקק הישראלי להדגיש את השוני בין מובנו האחד של תום הלב כקובע חובת התנהגות לבין מובנו האחר של המונח (בלא התוספת "בדרך מקובלת") כקובע תוצאות של מצב תודעתי. ברם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, הושמט הביטוי "בדרך מקובלת", ולפי הצעה זו, בשני ההקשרים עתיד להופיע "תום לב" כשהוא לברו.⁶³ אם מלכתחילה הייתה קיימת בעייתיות בשימוש במונח זהה ("תום לב") בשני ההקשרים של חובות התנהגות ושל מצבי תודעה, הרי שהשמטת הביטוי "בדרך מקובלת" רק מחריפה אותה.

החסכנות המינוחית של המחוקק הישראלי אינה בהכרח יתרון. היא תורמת להגברת העמימות האופפת ממילא את המונח "תום לב", מכרסמת בוודאות ובצפיות המשפטיות ומחזקת את כוחה של הרשות השופטת הנדרשת לפרש ולחזור ולפרש את משמעויותיו החמקמקות.⁶⁴ מבחינה כלכלית, עמימות זו גורמת להגדלה לא רצויה של העלויות הכרוכות בחוזה ובכך לפגוע ביעילותו.⁶⁵

מן האמור עולה כי כשמדובר בהסדרת זכויותיו של הרוכש ממי שאינו הבעלים (תקנת השוק) הרי שהמונח "תום לב" קולע אל המטרה בתארו את מצב תודעתו של הרוכש. לעומת זאת מונח זה הולם פחות כשהוא מציין את חובות ההתנהגות של הצדדים בעת המשא ומתן ובעת קיום החוזה.

4. הגדרה על דרך החיוב או על דרך השלילה?

דילמה מושגית נוספת קשורה בשאלה הבסיסית אם אנו מגדירים את תום הלב על דרך החיוב או שמא על דרך השלילה. האם הדיבור על תום הלב מניח שקיימת בידינו ידיעה מהי התנהגות כנה, סבירה והוגנת, שעל פיה אנו מחייבים את הצדדים לנהוג בהתאם, או שמא אך ורק ידיעה מהי התנהגות לא כנה, לא סבירה ולא הוגנת, ואנו מחייבים את הצדדים להימנע ממנה? דילמה זו אינה ייחודית לתום לב אלא מאפיינת מושגים נוספים השייכים לסוגו, כגון צדק, יושר וכדומה. כך למשל, לדעת חיים כהן: "תום הלב" – כמותו כמו הצדק

60 ראו לעיל ליד ה"ש 31.

61 ראו לעיל ליד ה"ש 34.

62 להלן ליד ה"ש 89.

63 ראו לעיל ליד ה"ש 32.

64 על כך ראו למשל מיגל דויטש "תום לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח 261 (1993); עלי בוקשפן "תום ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרונות-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11 (2000). ראו גם BURTON & ANDERSEN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21; Diamond & Foss, לעיל ה"ש 3, בעמ' 586.

65 שם, בעמ' 591.

– מתבטא רק בחוסר תום לב: לא ניסו ולא הצליחו עוד, ואין גם שום צורך, להגדיר במדויק 'תום לב' מהו. כשאנו נתקלים בחוסר תום לב, מיד מבחינים בו בתור שכזה".⁶⁶ ובדומה סבורה גבריאלה שלו: "קשה לומר אימתי קיים תום-לב במערכת עובדתית נתונה; קל ושכיח יותר להצביע על העדרו".⁶⁷

במאמר רב השפעה טען רוברט סאמרס, כי מטבע הלשון "Good Faith" הוא מונח שאין לנו מגע ישיר ובהיר עמו, והוא אינו ניתן להגדרה פוזיטיבית, אלא אנו משתמשים בו אך ורק כמונח מוציא (Excluder), שעניינו שלילת מצבים הפכיים מסוג "Bad Faith".⁶⁸ לדברי סאמרס, "Bad faith rather than good wears the pants in this dichotomy".⁶⁹ כנגדו יש שטענו כי המונח "Bad Faith" סובל אף הוא מאותו חוסר הגדרה, שכן זהו מונח פרזיטי הנסמך ל"Good faith" ואינו יכול לעמוד בפני עצמו בלא הבנה מוקדמת של מונח הבסיס.⁷⁰ דילמה זו תקבל משנה חשיבות אם נניח שחוסר תום לב אינו נושק לתום לב ואינו בבחינת תמונת התשליל שלו,⁷¹ אלא שבין תום לב לבין חוסר תום לב קיים מרווח של מקרי ביניים, שאמנם קשה להכתירם כהתנהגות תמת לב אך גם לא להכתימם כהתנהגות חסרת תום לב.⁷² בהקשר זה ייתכן כי חוסר תום לב מציין את סף המינימום, שמתחתיו שוכנות התנהגויות תת-נורמטיביות שאין לקבלן, ולעומת זאת תום לב מציין רף גבוה יותר של התנהגויות מתוקנות שהיה ראוי לשאוף לעמוד בהן, ובין שניהם מתקיים "שטח אפור", שהוא אמנם מעל לסף המינימום אך לא בהכרח מגיע אל הרף הגבוה של ההתנהגות

66 חיים כהן המשפט 788 (מהדורה שנייה, 1996).

67 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 103.

68 על מונחים המתפקדים כמונחים מוציאים ראו (1962) JOHN L. AUSTIN, SENSE AND SENSIBILIA 70.

69 Robert S. Summers, 'Good Faith' in *General Contract Law and the Sales Provisions of the*

Uniform Commercial Code, 51 VA. L. REV. 195, 207 (1968). ראו גם מאמריו הנוספים:

Robert S. Summers, *The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General*

Account, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 2, בעמ' 118; Robert S.

Summers, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67

CORNELL L. REV. 810 (1982) (להלן: Summers, *General Duty*). גישתו של סאמרס הוטמעה

ב-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 36, §205, הערה a. ראו גם Emily M.S. Houh, *The Doctrine of Good*

Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?, 2005 UTAH L. REV. 1, 20 (2005) (להלן:

Houh, *The Doctrine of Good Faith* Diamond & Foss; לעיל ה"ש 3, בעמ' 593.

70 ראו ביקורתו של Patterson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 648. ראו גם Steven J. Burton, *More on Good Faith*

Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers, 69 IOWA L. REV. 497 (1984);

Emily M.S. Houh, *Critical Interventions: Toward an Expansive Equality Approach to the*

Implied Doctrine of Good Faith in Contract Law, 88 CORNELL L. REV. 1025, 1034–1038

(2003); Houh, *The Doctrine of Good Faith*; לעיל ה"ש 69, בעמ' 2. לעניין הנידון בסעיף זה, הביטוי

"חוסר תום לב" הוא מונח פרזיטי אף יותר מן המונח המקביל "Bad Faith".

71 ראו למשל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 514, מהם נראה שהנוסח על דרך השלילה והנוסח על דרך

החיוב מבטאים "רעיון דומה".

72 לדיון מעין זה ביחס שבין צדק לבין אי-צדק ראו JUDITH N. SHKLAR, THE FACES OF INJUSTICE, 15

(1973) 109 AM. PHIL. Q. MONO. SER. 109; Anthony D. Woolzley, *Injustice*, 7 (1990).

המתוקנת. האם עקרון תום הלב מתפקד אפוא כנורמת-סף או כנורמת-רף?⁷³ ניסוח העיקרון על דרך השלילה (למשל "אין לנהוג בחוסר תום לב") עשוי להלווה גישה הרואה בו נורמת-סף בלבד, ולעומת זאת ניסוחו על דרך החיוב (למשל "יש לנהוג בתום לב") עשוי להשתלב טוב יותר בראייתו כנורמת-רף.

ואכן, מפרשי חוק החוזים בישראל התלבטו בשאלה אם דרישת תום הלב היא להתנהגות על פי קנה מידה מינימלי,⁷⁴ התואם יותר ניסוח על דרך השלילה, או שמא על פי קנה מידה גבוה יותר (אך ודאי לא אידאלי),⁷⁵ שעשוי להיות תואם ניסוח על דרך החיוב.

בחירתו של המחוקק הישראלי במונח "תום לב" מבטאת העדפה לכאורה של הגדרה על דרך החיוב (הדומה למקובל בשיטות אחרות, כגון "Good Faith" ו-"Treu und Glauben"). אלא שאם אכן הצדק עם סאמרס ועם ההולכים בעקבותיו,⁷⁶ ולמעשה המשפט מפעיל עיקרון זה על דרך השלילה, כלומר מתמקד בהתנהגויות חסרות תום הלב, אזי המונחים החיוביים שנבחרו בשיטות האמורות מתפקדים בדרך פתלתלה ועקיפה. היה מוטב, לכאורה, לבחור במונחים הנוקטים במישרין הגדרות שליליות, כדוגמת אלה שאומצו בכללים השונים שהוזכרו לעיל, המחייבים להימנע מ"קיפוח", "עושק", "Unconscionability" וכדומה.

5. כפיפות לתכלית החוזה או לערכים לא תלויים?

דילמה מושגית רביעית קשורה בשאלה אם משמעותו של עקרון תום הלב היא נאמנות למימוש רצונם המשותף של הצדדים, כלומר חובתם של הצדדים שלא להסתפק בקיום החוזה ככתבו וכלשונו אלא להיות נאמנים גם לרוחו ולתכליתו,⁷⁷ או שמא עיקרון זה קושר

73 הבחנה זו היא בעקבות אסא כשר "אתיקה, משפט ושיפוט" ספר שמגר חלק ב' 433, 441 (אהרן ברק עורך, 2003): "הרף מייצג את האתיקה המקצועית, את האידאול המעשי של ההתנהגות המקצועית, את רף ההתנהגות הראויה, מנקודת המבט המקצועית. פעולה בגובה הרף או למעלה ממנו היא בגדר התנהגות ראויה [...] הסף מייצג את המשפט, את התפיסה המחייבת של ההתנהגות החוקית, את סף ההתנהגות המותרת על פי הדין, מנקודת המבט המשפטית [...] בין הרף לבין הסף נמצא המתחם הבינוני. פעולה במתחם זה היא בגדר התנהגות לא ראויה, מנקודת המבט האתית, שהרי היא מתחת לרף, ובאותה שעה היא בגדר התנהגות מותרת, מנקודת המבט המשפטית, שהרי היא מעל הסף". אלא שכשר מבחין בין נורמות רף, שהן בתחום האתיקה המקצועית, לבין נורמות סף, שהן בתחום המשפט הפלילי, ואילו אני מציע כאן להבחין בין נורמות רף לבין נורמות סף בתוך המשפט האזרחי עצמו. למותר לציין כי אף אם קיימות נורמות רף שהמשפט מחייב בני אדם לפעול על פיהן, אין בכך כדי להשמיע שהמשפט שואף לכפות כל נורמה ראויה; תיתכנה נורמות רף גבוהות עוד יותר שאינן נאכפות על ידי המשפט, אלא הן בגדר חובה אתית לא-משפטית.

74 שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 43, בעמ' 120: "תום הלב האמור בחוק החוזים הינו קנה מידה מינימלי – לא אידאלי".

75 מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 21, 340: "חובת תום הלב היא חובה 'בינונית'". דבריו הם בעקבות תיאורו המפורסם של השופט אהרן ברק: "החוק אינו דורש, שהצדדים יהיו מלאכים זה לזה. אך החוק דורש, כי הצדדים לא יהיו זאבים זה לזה. דרישתו של החוק היא, כי אדם לאדם – אדם" (ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441, פס' 10 לפסק דינו של השופט ברק (1989)).

76 ראו הגדרתו של ה-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 69, ודבריהם של חיים כהן וגבריאלה שלו לעיל ליד ה"ש 66–67.

77 ראו למשל גישתו של Burton, שלפיה: "Bad faith performance occurs precisely when discretion is used to recapture opportunities forgone upon contracting [...] Good faith performance, in

את הצדדים במחויבות לערכים קבועים ולא תלויים בחוזה, כגון נאמנות, יושר, הגינות, כנות וכדומה.⁷⁸ דעת לנבון נקל כי דילמה זו מהדהדת ויכוח רחב ועמוק הרבה יותר בין גישות המדגישות ערכי אינדיווידואליזם, שוק פתוח וחופש החוזים לבין גישות התומכות בערכים של שיתוף פעולה וסולידריות. לדילמה זו יש כמובן השלכות מעשיות ישירות (שאינן נידונות במאמר זה), כגון אם חובת תום הלב יכולה לגרוע חיובים חוזיים קיימים ואולי אף להוסיף חיובים חדשים;⁷⁹ אם הצדדים רשאים להתנות במשותף על חובת תום הלב;⁸⁰ אם החובה לנהוג בתום לב יכולה שתחול כבר בשלב המשא ומתן עוד קודם שיש חוזה.⁸¹ ברם, כאן נתמקד בהיבטים הלשוניים של דילמה זו.

turn, occurs when a party's discretion is exercised for any purpose within the reasonable contemplation of the parties at the time of formation"; Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369, 373 (1980) גם Steven J. Burton, *Good Faith Performance of a Contract within Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 67 IOWA L. REV. 1 (1981) BURTON & ANDERSEN; לעיל ה"ש 2, בעמ' 38. 78 השו" (Edward A. Farnsworth, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, 46 U. PITT. L. REV. 1, 8 (1984)) וראו הערתו של השופט פוזנר "The contractual duty of good faith is thus not some newfangled bit of welfare-state paternalism or the sediment of an altruistic strain in contract law" (Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey, 941 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1991)).

79 ראו לדוגמה מחלוקתם של השופט ברק (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, פס' 8 לפסק דינו של השופט ברק (1980)) והשופט אלון (ע"א 391/80 לסרטון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט אלון (1984)) בנוגע להוספת חיובים חדשים מכוח עקרון תום הלב. לעתים אין זה קל להכריע אם חובת התנהגות מסוימת שביט המשפט מטיל על הצדדים מכוח עקרון תום הלב היא בגדר הוספת חיוב חוזי חדש, או שמא הוראה כיצד לבצע התחייבות חוזית קיימת. קו הגבול בין השניים אינו תמיד ברור (ועניין לסרטון הוא דוגמה נאמנה לכך). עם זאת טשטוש גבולין זה אינו מבטל את ההבחנה המושגית העקרונית הקיימת בין שתי האפשרויות. על כך ראו אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 272-273 (1990); איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 21 (1996).

80 על פי הגישה הרווחת, הצדדים אינם רשאים להתנות על חובת תום הלב. דבר זה נקבע במפורש בס' COMM'N ON EUR. CONTRACT LAW, PRINCIPLES OF EUROPEAN ; U.C.C. (b)302-1 (1998) CONTRACT LAW § 1.201(2). על כך ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 99; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 551; John Wightman, *Good faith and Pluralism in the Law of Contract*, in GOOD FAITH IN CONTRACT: CONCEPT AND CONTEXT; לעיל ה"ש 2, בעמ' 41; Waddams, לעיל ה"ש 3, בעמ' 624; לעיל ה"ש 37, בעמ' 67.

81 גישות הרואות בתום הלב סטנדרט חיצוני אובייקטיבי עשויות לסבור כי גם צדדים למשא ומתן, בדומה לצדדים לחוזה, צריכים לנהוג זה בזה בתום לב, כפי שנקבע בס' 12 לחוק החוזים ובס' 98 להצעת חוק דיני ממונות (ובדומה לדוקטרינת Culpa in Contrahendo (אשם בהתקשרות) מבית מדרשו של Ihering). אולם יש גישות הסבורות שכיוון שחובת תום הלב מקורה בהסכם שבין הצדדים, לא ראוי להחילה כבר בשלב המשא ומתן, שבו הצדדים פועלים ביריבות מלאה, וכל אחד פועל לקידום האינטרס האישי שלו לברו. ראו BURTON & ANDERSEN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 329. על כך ראו באופן כללי Richard E. Speidel, *The 'Duty' of Good Faith in Contract Performance and Enforcement*, 46 J. LEGAL EDUC. 537, 539 (1996); Richard E. Speidel, *Article 2 and Relational Sales Contracts*, 26 LOY. L.A. L. REV. 789, 797 (1993); Nili Cohen, *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in FAULT IN CONTRACT LAW; לעיל ה"ש 2, בעמ' 25.

מבחינה מינוחית, מטבע הלשון "תום לב" (ובדומה "Good Faith") מתמקד בכוונותיו של האדם – לבו ואמונתו – וככזה הוא אינו מסייע לפיזור הערפל, ואולי אף תורם לעיבורו. הוא אינו מבהיר מהי אמת המידה שעל פיה יש להעריך את תום לבו של האדם. מבחינה לשונית, "תום לב" יכול להתפרש פירוש מצמצם כנאמנות לרוח ההסכם גרידא, ולחלופין פירוש מרחיב כמחויבות לערכים לא תלויים, שעניינם התחשבות באינטרסים של הזולת. בהקשר זה המונח "תום לב" מתקשה להביע בבהירות את אחד ממובניו הבסיסיים של המושג.

6. אמת-מידה אובייקטיבית או סובייקטיבית?

דילמה מושגית קרובה, ועם זאת מובחנת, קשורה במתח שבין כוונתו הסובייקטיבית של האדם לבין התנהגותו האובייקטיבית. האם דרישת תום הלב מטילה על אדם חובה לנהוג על פי אמת-מידה אובייקטיבית של סבירות, או שמא לנהוג כשכוונותיו הן ישירות?⁸² כידוע, קולמוסים רבים נשברו בשאלה זו, עד שלבסוף התקבל כי אין די בעמידה בדרישות הסובייקטיביות של יושר למעשה, אלא דרושה גם עמידה בדרישות אובייקטיביות של התנהגות סבירה.⁸³

האם המונח "תום לב" רומז לאמת המידה האובייקטיבית או הסובייקטיבית? מבחינה לשונית הוראתו של המונח היא במובהק סובייקטיבית,⁸⁴ שכן תום לב "הוא בלבו של האדם פנימה",⁸⁵ וכפי שכתב השופט חשין: "עניינו בלבו של אדם, במצב דעתו, ולא בעקרונות ובסטנדרטים לבר-לבו ולבר-דעתו".⁸⁶ ברם מגמת הפסיקה הלכה והדגישה דווקא את

82 למשל מה יהיה דינו של צד לחוזה, שעל פי מיטב שיפוטו פעל בתום לב, אולם על פי סטנדרטים חיצוניים נחשב למי שפעל בחוסר תום לב? ומה יהיה הדין במקרה ההפוך, שבו אדם פעל על פי סטנדרטים חיצוניים סבירים, אולם הוכח כי הוא הונע ממוטיבציות שליליות של פגיעה בצד שכנגד?

83 ע"א 207/79 רביב משה בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לו(1) 533, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק (1982); ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב – הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1986). לפסק דין אשר עוד בסוף המאה התשע-עשרה קיבל את המבחן האובייקטיבי של תום הלב ראו: Bank v. Trebein, (1898) 59 Ohio St. 316, 324, 52 N.E. 834, 837. "Good faith in law [...] is not to be measured always by a man's own standard of right, but by that which it has adopted and prescribed as a standard for the observance of all men in their dealings with each other". ראו גם Farnsworth, *Good Faith*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 672; Summers, *General Duty*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 820; Miller & Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 689.

84 ראו ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, פסק דינו של השופט כהן (1977) ("כפשוטו ובמובנו הרגיל משמעותו היא סובייקטיבית").

85 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 102. ראו גם שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 43, בעמ' 121. השוו ס' 91 לפקודת השטרות [נוסח חדש]: "כל שנעשה, למעשה, ביושר-לב, רואים כאילו נעשה בתום-לב, כמשמעותו בפקודה זו, בין שנעשה ברשלנות ובין שלא ברשלנות". על כך ראו גם זוסמן "תום לב", לעיל ה"ש 23, בעמ' 485.

86 עניין ווקר, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט חשין. בהקשר זה אין הבדל בין "תום לב" לבין "Good Faith". וראו Waddams, לעיל ה"ש 37, בעמ' 60, המפרש את עקרון תום הלב בדרך סובייקטיבית, ובדרך זו מבקש להתוות את הגבולות בינו לבין דוקטרינת Unconscionability.

היסודות האובייקטיביים של חובת תום הלב,⁸⁷ ובדרך זו הלך והתרחב הפער הלא רצוי בין משמעותו הלשונית של המונח לבין הוראתו המשפטית.⁸⁸ אמנם היה נראה כי המחוקק הישראלי ביקש לפתור קושי זה באמצעות יצירת הביטוי המשולב "בדרך מקובלת ובתום לב", באופן המזמין את פירושם כשתי אמות-מידה נפרדות ומובחנות: "תום לב" מורה על החובה לנהוג בכוונה ישרה,⁸⁹ ו"דרך מקובלת" על החובה לנהוג על פי סטנדרט אובייקטיבי של הגינות וסבירות. אך אין הדברים פשוטים כל עיקר, שכן הביטוי "בדרך מקובלת" סובל אף הוא כמה פירושים אפשריים, ונחלקו הדעות בענייניו. לדעת השופט חשין, משמעות הביטוי "דרך מקובלת" היא "דרך ההגינות" שהבריות קיבלו אותה על עצמם כדרך הראויה, ולפיכך הביטוי המשולב "בדרך מקובלת ובתום לב" מורה אפוא מבחן כפול ומצטבר: מבחן אובייקטיבי ("דרך מקובלת") ומבחן סובייקטיבי ("תום לב").⁹⁰ לעומת זאת הנשיא ברק סבור כי אי אפשר להעמיס משמעות זו על הביטוי "דרך מקובלת", שכן משמעו הוא על פי הנוהג, ולדבריו "זוהי אמת מידה המשקפת מציאות קיימת; אין היא משקפת בהכרח דרך התנהגות ראויה [...] על כן ניתן לדבר על 'דרך מקובלת' להתנהגותם של עבריינים".⁹¹ וכיוון שברק לא ראה בביטוי "בדרך מקובלת" מקור לאמת המידה האובייקטיבית של ההתנהגות הראויה, הוא נאלץ למתוח את המשמעות הלשונית של המונח "תום לב" עד שיוכל להכיל את אמת המידה האובייקטיבית.⁹² כשלעצמי אני סבור כי בדברי שניהם יש מידה חלקית של צדק: צודק השופט חשין כי הוראתו הלשונית של "תום הלב" היא סובייקטיבית ולא אובייקטיבית, וצודק גם הנשיא ברק כי "ה'משא' האובייקטיבי כבד מדי מכדי שהלשון הדקיקה של 'דרך מקובלת' תוכל לשאתו".⁹³ לפיכך, ככל שנהפוך את הביטוי "בדרך מקובלת ובתום לב" מכל צדדיו, לא נוכל למצוא במשמעותו הלשונית עוגן לחובה לנהוג על פי סטנדרטים אובייקטיביים של סבירות והוגנות.

- 87 ואף שלו וחשין מודים בכך. ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 102; עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין.
- 88 אמנם השופט ברק סבור בעניין רוקר, שם, בפס' 16 לפסק דינו, כי "הדיבור 'תום לב' מסוגל לבטא אמת מידה אובייקטיבית", אולם נראה כי ברק מפרש את המונח על פי תכליתה של הדוקטרינה ולא על פי מובנו הלשוני, וזאת, כפי שנראה להלן, בשל הפרשנות המצמצמת שהוא נתן לביטוי "בדרך מקובלת".
- 89 ראו לעיל ה"ש 84.
- 90 עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 21, בעמ' 317. פרשנותו של השופט חשין לצמד הביטויים "בדרך מקובלת ובתום לב" דומה לתבנית הלשון שנקבעה ב-RESTATEMENT האמריקאי: "Good faith and fair dealing" (RESTATEMENT), לעיל ה"ש 36, § 205). זו עשויה להתפרש כקובעת שתי אמות-מידה נפרדות ומצטברות. וראו שם, הערה d: "Fair dealing may require more than honesty". על כך ראו גם BROWNSWORD, CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 24, בעמ' 112.
- 91 עניין רוקר, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינו של השופט ברק. על כך ראו גם שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 99; פלפל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 56. פלפל מדגימה בעייתיות זו בתיאור של נוהג חברתי לפעול על פי הכלל "יזהר הקונה", שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב.
- 92 לעיל ה"ש 88.
- 93 אכן, מבחינה היסטורית הביטוי "בדרך מקובלת" לקוח ככל הנראה מס' 242 של ה B.G.B, אשר בסופו קובע את הצורך לפעול על פי הנוהג, זיקה המחזקת את פרשנותו של הנשיא ברק לביטוי זה.

בין כך ובין כך, בפועל התקבלה הפרשנות ש"אין לקרוא את התיבה 'בדרך מקובלת' ובתום לב' ככוללת שני תנאים מצטברים, שיש לצאת ידי חובת שניהם. שני המונחים 'דרך מקובלת' ו'תום לב' קובעים אמת מידה אחת, יחידה ואחידה".⁹⁴ ואכן, כאמור לעיל, אין זה מפתיע שבהצעת חוק דיני ממונות הושמט הביטוי "בדרך מקובלת" ונותר "תום הלב" כשהוא לברו. השמטה זו אינה מיטיבה עם המונח, שהוראתו הלשונית אינה חופפת את הוראתו המשפטית.

לסיכום ניתן לומר כי המונח "תום לב" אינו תמיד מקל על משתמשיו. אמנם זהו אינו הסטנדרט היחיד שהגדרתו קשה. העמימות מאפינת כעניין מובנה גם מונחי שסתום משפטיים אחרים, כגון "סבירות" ו"רשלנות", ומידה מסוימת של עמימות אכן ראויה למושגי שסתום. אולם דומה כי בדרך כלל יש לנו בהירות ראשונית בנוגע למונח הליבה של מונחים אלה והקושי בהגדרתם קשור במקרי הקצה הפריפריאליים של המושג, ולעומת זאת בכל הנוגע ל"תום לב" הבעייתיות קיימת באשר למונח הליבה עצמו.⁹⁵ ואין כל תמה בדבר. נטילת מונח שמצע גידולו הוא אתיקה של כוונות, שתילתו מחדש בתחום המשפטי הממוקד בהתנהגויות והמלכתו כמונח כמעט יחיד בתחומו, הן שיצרו חלק מן הקשיים שתוארו לעיל. היטיב לבטא קושי זה Farnsworth:

[I]f one could start afresh, I would abandon the term "good faith" entirely in connection with performance and use it only with connection with purchase. For me, "fairness" says all that needs to be said in connection with performance. But, also, it is too late in the day to start afresh.⁹⁶

ב. תום הלב במשפט התלמודי: מארג כללים ועקרונות

הדיון שנערך עד כה הוא קרש קפיצה נוח לעיון במונחים המקבילים ששימשו במשפט התלמודי לציון התחום שאנו מסווגים כיום כתום לב. כמה וכמה מחקרים כבר הוקדשו בעבר להשוואות יישומיות בין עקרון תום הלב במשפט המודרני לבין כללים מקבילים בהלכה,⁹⁷ אולם נדמה כי מבחינה מסוימת ההשוואה המושגית-מינוחית ראויה להיות קודמת.

94 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 99.

95 השוואת Gordley, *Good Faith*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 93.

96 Farnsworth, *Good Faith in Contract Performance*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 165.

97 ראו למשל שילם ורפהטיג "תום לב בדיני חוזים" נזיר אחיו ג, רכה (נזר דוד – אגודה להנצחת זכרו והוצאת כתביו של הרב דוד כהן – הרב הנזיר, התשל"ח) (להלן: ורפהטיג "תום לב"); ורפהטיג ההתחייבות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 449; אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי" דיני ישראל יח, נה (התשנ"ו) (להלן: וינרוט "שימוש לרעה"); משה דרורי השימוש לרעה בזכות במשפט העברי: כופין על מידת סדום (2010); Shmuel Shilo, "Kofin Al Midat S'dom": *Jewish Law's Concept of Abuse of Rights*, 15 ISRAEL L. REV. 49 (1980). הנושא אף נידון בהרחבה בכמה פסקי דין, הנזכרים להלן בה"ש 101.

אך לפני שנעייין במונחים שבחר המשפט העברי לציון עקרון תום הלב, חשוב ליתן את הדעת למונח שהמשפט העברי לא השתמש בו. מטבע הלשון "תום לב" אמנם מופיע בפסוקי התנ"ך, אולם חז"ל לא אימצו אותו כמונח משפטי, והוא אינו חלק משפת המשפט העברי. כך למשל אבימלך אמר: "בְּתָם לְבָבִי וּבְנִיָּן פִּי עֲשִׂיתִי זֹאת" (בראשית כ 5), ובספר תהילים מצאנו: "אֶתֶּהֱלֵךְ בְּתָם לְבָבִי בְּקֶרֶב בֵּיתִי" (תהילים קא 2).⁹⁸ חרף זמינותו של המונח הוא לא חדר אל שפתו של המשפט, המקראי או החז"לי.⁹⁹ כפי שנראה להלן, כאשר חכמים ביקשו לנסח כללים ועקרונות המנחים את הצדדים לנהוג זה בזה בהתחשבות, הם לא נעזרו במשאב הלשוני של "תום הלב" או במונחים קרובים מאותו שדה סמנטי, אלא פיתחו מושגים שונים בתכלית. איזה פגם מצאו חכמים במונח "תום לב" שלא הכשיר אותו בעיניהם לשמש בעולם המשפט? חז"ל לא הסבירו את בחירתם, ואנו נותרים מגששים בממלכת ההשערות (מה גם שיש בצורה זו של הצגת השאלה יותר מקורטוב של אנכרוניזם). ומכל מקום, העובדה שחכמים בחרו מונחים שעניינם תיאורי התנהגויות אולי מלמדת על רתיעתם מנטילת מונחים ממוקדי כוונות ורתימתם המשפטית לתיאור התנהגויות.¹⁰⁰

האם המשפט העברי מכיל מונח חלופי ברור לדרישה שהצדדים ינהגו זה בזה במה שאנו מכנים כיום "תום לב"? שאלה זו אינה פשוטה כל עיקר, וזאת לא משום שקשה לאתר מונח דומה במשפט העברי, אלא דווקא להפך: משום שהמשפט העברי נעזר בכמה וכמה מונחים, אשר נראים, כל אחד בנפרד, מיישמים חלקים מן התחום הנשלט כיום על ידי עקרון תום הלב.¹⁰¹

98 ראו גם בראשית כ 6; מלכים א, ט 4; תהילים עח 72.

99 אמנם אבימלך מתגונן מפני טענת האל, והיה ניתן לראות בכך מעין טענת הגנה דתית-משפטית, ובכל זאת לא במקרא ואף לא בחז"ל נעשה במונח זה שימוש משפטי מובהק.

100 אמנם לשון המקרא משלבת את מטבע הלשון "תום לב" עם פעלים שונים, כדוגמת "בְּתָם לְבָבִי [...]" עֲשִׂיתִי, "אֶתֶּהֱלֵךְ בְּתָם לְבָבִי", ובכך מערבת כוונה ומעשה. ברם בהקשר המקראי מדובר במטבעות לשון השזורים בסיפור דברים, ולא בהקשר של הוראות חוק מדויקות, ועל כן עמימות זו אינה גורעת (בשונה למשל מן השימוש המשפטי של המחוקק הישראלי במטבע לשון זה במסגרת לשונו המדויקת של החוק. ראו לעיל ליד ה"ש 59). ראו גם משה זילברג כך דרכו של תלמוד 92 וה"ש 2 שם (1964).

101 הדבר יצר אי-בהירות מסוימת בכמה פסקי דין מרכזיים שניתנו בישראל בשאלות שנגעו לדוקטרינת תום הלב. שופטים שונים ביקשו לדון במקבילה מן המשפט העברי לעקרון תום הלב, ובכל פעם בחרו להדגיש מונח אחר. השופט מנחם אלון הדגיש בפסיקותיו בעיקר את עקרון "ועשית הישר והטוב" (ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ פ"ד לג(1) 617, פס' 10 לפסק דינו (1979); עניין לסרסון, לעיל ה"ש 79, פס' 7 לפסק דינו; בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת פ"ד לו(2) 449, פס' 1 לפסק דינו (1981)). ראו גם מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 164 (מהדורה שלישית, 1988)). ברוח זו גם כתב ידין תום לב, לעיל ה"ש 52, בעמ' 55. השופט אנגלרד התמקד בכלל "מחוסר אמנה" (ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) פס' 7-8, 11, 13-14 לפסק דינו (2002)). ראו גם ורהפטיג "תום לב", לעיל ה"ש 97; ורהפטיג ההתחייבות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 409, 445. השופט משה דרורי הדגיש בעיקר את העיקרון "כופין על מידת סדום" (בש"א (מחוזי י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' הרב ביטון (פורסם בנבו, 27.7.2006)); עיקרי פסק הדין עובדו וראו אור בספרו השימוש לרעה בזכות במשפט העברי: כופין על מידת סדום, לעיל ה"ש 97. ראו גם ע"א 718/07 ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.10.2008); ע"א 10582/02 בן

בהקשר זה המשפט העברי מפעיל מארג רחב של כללים משפטיים ושל עקרונות משפטיים.¹⁰² אשר לדילמה שהועלתה לעיל – אם לנסח את רעיון תום הלב באמצעות מונח אחד או שמה באמצעות ריבוי מונחים – נדמה כי המשפט העברי בחר לצייד את הדיין בארגז כלים המכיל מספר רב של כללים ושל עקרונות מגוונים, המותאמים כל אחד לטיפול בסוג מסוים של מקרים ובעיות. בכך ניתן לראות דגם לגישה המעדיפה לקדם ערכי התחשבות ושיתוף פעולה בין שני הצדדים דווקא בדרך של ריבוי כללים ועקרונות ולא בדרך צמצומם והעמדתם על עקרון כללי רחב.¹⁰³ לפיכך רק בפרספקטיבה רחבה, הכוללת את מגוון הכללים והעקרונות שגיבש המשפט העברי בתחום זה, ניתן לקבל את מלוא התמונה של דרך התמודדותו עם הבעיה של חוסר תום לב במשפט הפרטי.¹⁰⁴

מטבע הדברים, במוקד עניינו של מאמר זה עומדים העקרונות שבמשפט התלמודי, המקבילים לעקרון תום הלב. אך למען שלמות התמונה אמנה, בקליפת אגוז, את ההלכות הפועלות בדמות כללים בתחום שאנו מסווגים כיום כ"תום לב":¹⁰⁵

"אונאת מחיר" (תמורה בלתי הוגנת) – דיני אונאה מחייבים את הצדדים הסוחרים זה עם זה להקפיד על שקילות התמורות וקובעים את הסעדים שיינתנו למתאנה.¹⁰⁶ סיטואציה זו

- אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.10.2005). מובן שמדובר בעניין של דגשים בלבד, שכן השופטים הנזכרים היו מודעים בכתיבתם גם לעקרונות האחרים.
- 102 להבחנה בין כללים לבין עקרונות ראו לעיל, ליד ה"ש 25. לדיון ביחס שבין כללים לעקרונות במשפט העברי ראו יאיר לורברבוים *צלם אלוהים – הלכה ואגדה* 129 (2004).
- 103 לטענה כי שיטה משפטית המדגישה ערכים של קואפרטיביות, נאמנות וכדומה נוטה להתנסח בדרך של סטנדרט רחב וכללי ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 (1976), HARV. L. REV. 1685, 1738. המשפט העברי מדגים אפוא חלופה למודל זה.
- 104 במאמר אחר טענתי כי ריבוי זה של כללים ועקרונות בתחום המסווג כיום כעקרון תום הלב, אפשר למשפט העברי שלא לרתום את כללי פרשנות החוזה לתכלית של השגת חוזה הוגן ומאוזן. ראו בנימין פורת "תום לב בפרשנות החוזה: עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי" *משפטים* לט 419 (2010).
- 105 אמנם כידוע המשפט העברי אינו מחזיק בקו גבול ברור בין משפט לבין מוסר, ברם כאן אשתדל להתרכז בנורמות משפטיות, או הנושקות לתחום המשפט, להבדיל מנורמות הקרובות יותר לתחום המוסר, ואשר נתונות בסופו של דבר לשיקול דעתו של האדם. לפיכך לא אדון כאן בקטגוריות כגון "לפנים משורת הדין", "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור" (בבלי, בבא מציעא פג ע"א; ירושלמי, בבא מציעא ו, ו); "מהיות טוב אל תקרי רע" (בבלי, בבא קמא פא ע"ב; בבלי, ברכות ל ע"א). עם זאת יש לשים לב לקרבה הלשונית בין עקרון "ועשית הישר והטוב" לבין חלק מן הקטגוריות הנזכרות כאן, המבוססות גם הן על המילה "טוב". אשר לשאלת מעמדו של העיקרון "לפנים משורת הדין" ראו אברהם וינרוט "כופין על 'לפנים משורת הדין' סיני קכה, עב (התשס"א); רון ש' קליינמן "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים" *ספר שמגר* כרך א 469 (אהרן ברק עורך, 2003). למעמדו של העיקרון "למען תלך בדרך טובים" ראו חנינה בן מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" *שנתון המשפט העברי* ח 113, 124 (התשמ"א); ירון אונגר "למען תלך בדרך טובים" – על הפסיקה לפנים משורת הדין במשפט התורה" *קובץ משפטי ארץ: דין, דיון ודיון* 442 (ירון אונגר עורך, התשס"ב). ראו גם "חיובים שלא מן הדין" *מפתח השאלות והתשובות של חכמי ספרד וצפון אפריקה* כרך א 142 (מנחם אלון עורך, התשמ"ו); "חיובים שלא מן הדין" *מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה* 93 (ברכיהו ליפשיץ ואליאב שוחטמן עורכים, התשנ"ז).
- 106 שורשם של דיני אונאה במקרא (ויקרא כה 14–17), ופיתוחם במשנה ובתלמוד (משנה, בבא מציעא ד). על כך ראו איתמר ורהפטיג "שער, מחירים ואונאה" *כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה* ד 17 (שלמה אישון ויצחק בזק עורכים, התשס"ד); בנימין פורת "דין הונאת מחיר: יסודותיו, עקרונותיו וערכיו", שם, 292; בן ציון רוזנפלד ויוסף מאיר מנירב "איזוהי אונאה? לשאלת שתות האונאה והישובה

מוסדרת במשפט האמריקאי בדוקטרינת Unconscionability ובמשפט הגרמני בדוקטרינת Treu und Glauben.¹⁰⁷ בחקיקה הישראלית הדבר אינו מוסדר במפורש,¹⁰⁸ אך לדעת כמה, הוא מעוגן במסגרת הכללית של עקרון תום הלב.¹⁰⁹

"מחוסר אמנה" (נסיגה מהבטחות-התחייבויות שלא השתכללו) – דין "מחוסר אמנה" קובע את התוצאות של נסיגת אדם מהבטחה, כלומר מהתחייבות שטרם הבשילה לכדי הסכם מחייב, חלקן סנקציות מוסריות-חברתיות וחלקן הענקת סעדים משפטיים.¹¹⁰ מבחינה גאומטרית, דין זה מקביל לחלק מחובת תום הלב בשלב המשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה.¹¹¹

"עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו" (התערבות אדם שלישי בשלבי משא-ומתן) – המשפט העברי מטיל על אדם שלישי מגבלות שימנעו ממנו להתערב בשלבים מתקדמים של משא ומתן כדי לסכלו ולזכות בנכס לעצמו.¹¹² ייתכן שיש דמיון-מה בין כלל זה לבין דוקטרינת גרם הפרת חוזה, אלא שהכלל התלמודי חל כבר בשלב מתקדם של המשא-ומתן עוד קודם שנכרת חוזה בין הצדדים. תוצאותיו של הכלל הן לעתים סנקציות מוסריות-חברתיות ולעתים משפטיות.

"קנוניא" (חוזה לרעת אדם שלישי) – המשפט העברי פיתח מערכת דינים שעניינה הגבלות על שני הצדדים לחוזה שלא ינצלו יחד את המכשיר החוזי כדי לפגוע פגיעה לא הוגנת באינטרסים של אדם שלישי.¹¹³

בצד כללים אלה ניסח התלמוד הבבלי שני עקרונות משפטיים רחבים, שבהם אבקש להתרכז במאמר זה: "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום".¹¹⁴ כאן התמונה

בהלכות התנאים" דיני ישראל כב 151 (התשס"ג); Aaron Levine, *The Just Price Doctrine in Judaic Law – An Economic Analysis*, 8 DINE ISRAEL 7 (1977).

107 לעיל ליד ה"ש 54 ו-56.

108 כך הוא בחקיקה הכללית של דיני החוזים. אולם בכמה הקשרים ספציפיים נקבעו הסדרים מקומיים שעניינם פיקוח על מחירים לא הוגנים, כגון שכר עבודה (חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987) ואשראי בהלוואות חוץ בנקאיות (ס' 5 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993).

109 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 146; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 538; ע"א 4839/92 גזו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, פס' 7 לפסק דינו של השופט קדמי (בדעת מיעוט) (1994).

110 על כך ראו למשל רון ש' קלינמן "קללת 'מי שפרע': דת, משפט וחברה" מחקרי משפט כו 179 (2010); ורהפטיג ההתחייבות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 409-414; שילם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי: בתוספת סקירות על דיני חוזים במדינת ישראל 16 (1974).

111 בהשוואה בעניין זה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי דן השופט אנגלרד בעניין קל בנין, לעיל ה"ש 101. על כך ראו יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל 534 (2009).

112 בבלי, קידושין נט ע"א. על כך ראו למשל יהודה פרומן "גבולות התחרות העסקית" מחקרים בכלכלה ומשפט כתר ה 20 (התשס"ו); יהושע ליברמן תחרות עסקית בהלכה: ניתוח כלכלי של דיני הסגת גבול (1989); שילם ורהפטיג דיני מסחר במשפט העברי 120 (1990); נחום רקובר המסחר במשפט העברי: פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה 123 (1987) (להלן: רקובר המסחר).

113 על כך ראו בהרחבה Benjamin Porat, *Contract to the Detriment of a Third Party: A Proposal Inspired by Jewish Law*, 62 U. TORONTO L.J. 347 (2012) (עתיד להתפרסם בעברית בספר לכבודו של פרופ' גבריאלה שלו עיונים בתורת החוזה).

114 תופעה מעניינת, הראויה לעיון בפני עצמה, היא העובדה שרק התלמוד הבבלי עיצב שניים אלה כעקרונות משפטיים, אך לא התלמוד הירושלמי. על כך ראו גדעון ליבון "פרקים מספר המצרונות לרב שמואל בן חפני גאון" תרביץ נו 61, 87, ה"ש 67 שם (התשמ"ז); משה בר אמוראי בבל: פרקים בחיי הכלכלה 45 (התשל"ה); עמיהי כהן דין 'בר-מצרא' בהתפתחותו 3 (עבודת גמר לשם קבלת תואר

סבוכה הרבה יותר. בהיותם עקרונות (להבדיל מכללים) תחולתם רחבה ומתפרסת על פני מגוון רחב של ענפי משפט. כמו כן הם אינם קובעים תוצאות ברורות אלא מסמנים כיוון מסוים של פתרון אשר עיצובו הסופי תלוי בהפעלת שיקול-דעתם של פוסקי ההלכה. כיוון שבספרות כבר הוקדשה כתיבה מרובה לכל אחד מעקרונות אלה בנפרד, אסתפק בסיכום קצרצר ולא ממצה שלהם. התרומה שאני מבקש להוסיף לדיון היא בהבהרת "חלוקת העבודה" ביניהם, ובדרך זו לעיין בעקרונות אלה מבחינה מושגית ומבחינת הבחירות המינוחיות העומדות בבסיסם.

ג. ועשית הישר והטוב

הפסוק שבספר דברים: "וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי ה'",¹¹⁵ התפרש בקרב חכמי התלמוד הבבלי כעיקרון המחייב צדדים לנהוג זה בזה בדרך "הישר והטוב".¹¹⁶ מעיקרון זה גזרו האמוראים שני כללים ספציפיים:¹¹⁷

"דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה לתלמוד, התשס"ה) (להלן: כהן בר מצרא). על תהליכי המשגה וההפשטה המאפיינים תקופה זו ראו: LEIB MOSCOVITZ, TALMUDIC REASONING: FROM CASUISTICS TO CONCEPTUALIZATION 293 (2002). התקדמות מחקרו של המשפט האיראני העתיק תוכל לשפוך אור על השאלה אם הייתה לו השפעה על פיתוח עקרונות אלה בתלמוד הבבלי. כך למשל בעניין המונח "הישר" ראו P. Oktor Skjaervo, *Truth and Deception in Ancient Iran*, in 2 ATAS-E DORUN: THE FIRE WITHIN 383, 416 (F. Vajifdar & C. Cereti eds., Jamshid Soroush Soroushian Commemorative Vol., 2003) ("In Iran, it was the concept of 'straight' versus 'crooked', originally the characteristics of *paths*, that came to be used to signify spoken truth or untruth"). כמו כן סביר להניח קיומו של קשר מסוים למונח ה"מישרים" שרווח במזרח הקדמון (ראו למשל משה ויינפלד משפט וצדקה בישראל ובעמים: שויון וחורות בישראל העתיקה על רקע מושגי צדק חברתי במזרח הקדום (1985)).

115 דברים ו 18.

116 בספרות התנאים מצאנו עיקרון זה בהקשר של כללי המנהל התקין, אך לא בתחום המשפט הפרטי. וכך קובעת התוספתא ברבר האופן הראוי שבו יש לתרום כסף ללשכת המקדש תוך הימנעות מן החשד של מעילה בכספים: "נכנס לתרום את הלשכה היו מפשפשיין בו בכניסה וביציאה ומדברין עמו משעה שנכנס עד שעה שיצא לקיים [מה] שנאמר] 'והייתם נקיים מה' ומישראל' ואומר] 'ועשית הישר והטוב בעיני ה', 'הטוב' – בעיני שמים 'והישר' – בעיני אדם, דברי ר' עקיב'א]. ר' ישמעאל אומר] 'אף 'הישר' בעיני שמים. ואומר] 'ומצא חן ושכל טוב בעיני אלים ואדם'. הכריעו חכמים לקיים דברי ר' ישמעאל שנאמר] 'כי תעשה הישר בעיני ה' ואין כאן טוב, ואומר] 'אל אלים ה' הוא יודע וישראל הוא ידע' (תוספתא, שקלים ב, ב (מהדרות ליברמן 205)). להרחבה ראו שאל ליברמן תוספתא כפשוטה חלק ד 676 (התשכ"ב).

על העיקרון "ועשית הישר והטוב" ראו זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 92; Shmuel Shilo, *Equity as a Bridge between Jewish and Secular Law*, 12 CARDOZO L. REV. 737 (1991); Shmuel Shilo, *On One Aspect of Law and Morals in Jewish Law: Lifnim Meshurat Hadin*, 13 ISRAEL L. REV. 359 (1978); AARON KIRSCHENBAUM, EQUITY IN JEWISH LAW: (Shilo, *Lifnim*); (להלן: HALAKHIC PERSPECTIVES IN LAW 253 (1991). ראו גם שמעון פדרבוש המוסר והמשפט בישראל 127 (התש"ד); נפתלי צבי יהודה בר-אילן משפט ומדינה בישראל על פי התורה כרך א 180 (2007); יוסף גרין "יורש ודין בהלכה: בירור ההוראה ועשית הישר והטוב" שמעתין 77, 21 (התשמ"ד); אליעזר בן שלמה "ברור המושג: ועשית הישר והטוב" ניב המדרשיה תשכ"ח פו (התשכ"ח).

"דינא דבר מצרא" – מוכר וקונה של מקרקעין חייבים להעניק לשכן הגובל באותה קרקע זכות קדימה ברכישתה, וכמובא בשם חכמי נהרדעא: "אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה [=מסלקים את הקונה הזר], משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'".¹¹⁸ ההנחה היא כי האינטרס של השכן להרחיב את נחלתו ראוי להגנה יותר מהאינטרס של הקונה הזר, שיכול למצוא נחלה חדשה גם במקום אחר. לפיכך אם למוכר אין הפסד כספי בדבר יש להעדיף את הצעת השכן, שזוהי דרך הישר והטוב.¹¹⁹

"שומא הדר לעולם" – במסגרת דיני גביית חובות, נושה שטרף אחת מן המקרקעין של חייב שלא פרע את חובו, עליו לאפשר לחייב לשלם חובו ולחזיר לידיו את הנכס שניטל ממנו.¹²⁰ התלמוד מנמק זאת ש"מדינא [=מעיקר הדין] ארעא לא בעיא למיהדר [=אין הקרקע צריכה להיות מושבת] ומשום ועשית הישר והטוב בעיני ה' הוא דאמור רבנן תהדר [=שאמרו חכמים שתחזור לחייב]."¹²¹ וכפי שהסביר הרמב"ם: "בית דין ששמו לבעל חוב

117 לא אכנס כאן לשאלה אם האמוראים יצרו כללים אלה בדרך של גזירה ישירה מהעיקרון "ועשית הישר והטוב" או שמא בדרך של אסמכתא או התקנת תקנות ברוח עיקרון זה. שאלה זו אמנם חשובה כדי לקבוע את מעמדם הנורמטיבי של כללים אלה, אם הם מדאורייתא או מדרבנן, אך לא דווקא בשביל ההיבט הלשוני-מינוחי הנידון במאמר זה. על כך ראו גם זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 99; KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 253. וראו למשל שו"ת חתם סופר, חלק ה (חושן משפט), סימן יא ("הנה ידוע דינא דבר מצרא איננו דין תורה מפורש, אלא חז"ל הכניסוהו בכלל מקרא שכתוב: ועשית הישר והטוב. ומובן מזה, שנצטוו חז"ל להדריך עם ה' על הישר והטוב, לפי ראות עיני חכמתם").

118 בבלי, בבא מציעא, ק"ח ע"א (בחלק מכתבי היד אין מופיעות המילים "בעיני ה'"). על דינא דבר מצרא ראו "בר מצרא" אנציקלופדיה תלמודית כרך ד, קסח (מאיר ברלין ושלמה זיין עורכים, 1956) (להלן: אנציקלופדיה תלמודית); כהן בר מצרא, לעיל ה"ש 114; ליבזון "מצרנות", לעיל ה"ש 114; גרעון ליבזון "בין משפט עברי למשפט מוסלמי: זכות המצרנות של בני דתות שונות המעורבים בעיסוק מקרקעין" פעמים 45, 71 (התשנ"א). לעיון השוואתי ראו 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF COMPARATIVE LAW 11; A.P. Rose, *Pre-emption and its Development in Palestine*, 30 INT'L & COMP. L.Q. 297 (1981); Farhat J. Ziadeh, *Land Law and Economic Development in Arab Countries*, 33 AM. J. COMP. L. 93, 99 (1985).

119 זכות המצרנות הוכרה במשפט הישראלי בכמה הקשרים ספציפיים. ראו ס' 100(א) לחוק המקרקעין ("מקרקעין שהם משק חקלאי [...] והם עברו בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ליורשים אחדים במשותף, לא יהיה יורש זכאי להעביר חלקו בהם לאחר אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה"); ס' 101 לחוק המקרקעין ("מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן-זוגו"); ס' 290(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ("בחברה פרטית, שהונה המונפק כולל סוג אחד של מניות, יוצעו לכל בעל מניה מניות בשיעור חלקו בהון המניות המונפק; הדירקטוריון רשאי להציע לאדם אחר את המניות שבעל המניה סירב לרוכשן או לא נענה להצעה לרוכשן עד המועד האחרון שנקבע לכך בהצעה, והכל אם לא נקבע אחרת בתקנון").

120 בבלי, בבא מציעא טז ע"ב; שם, לה ע"א. על כך ראו זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 98; עמיחי כהן "דין חזרתם של נכסי שומא במשפט העברי ("שומא הדר לעולם") מורשת ישראל 4, 9 (2007). ראו גם ע"א 555/71 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ, פ"ד כו(1) 793, 805 (1972) (פסק דינו של השופט כהן); בש"א (מחוזי י-ם) 3701/08 קנפולר נ' אמיר, כונס נכסים, פס' 277-298 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 10.3.2009).

121 בבלי, בבא מציעא טז ע"ב (בחלק מכתבי היד מופיע הפסוק חלקית, לעתים ללא התוספת "בעיני ה'" לעתים ללא המילה "ועשית").

[...] ולאחר זמן השיגה ידו של לוח [...]. והביאו לבעל חוב את מעותיו, מסלקין אותו מאותה קרקע שהשומא חוזרת לבעלים לעולם, משום שנאמר 'ועשית הישר והטוב'".¹²²

מלשון התלמוד נראה כי שני כללים אלה שעוגנו באותו פסוק אינם אלא יישומים פרטיים של עיקרון משפטי רחב יותר.¹²³ ואכן כמה מחכמי ימי הביניים ראו בו עיקרון כללי,¹²⁴ ועל פי זה פוסקי ההלכה הבתרת-תלמודיים שילבו את העיקרון 'ועשית הישר והטוב' בפסיקותיהם במגוון רחב של תחומי המשפט הפרטי (ואף מעבר לו), לעתים כגורם חשוב ובלט בפסיקתם ולעתים כשיקול המצטרף ותומך בשיקולים נוספים.¹²⁵

מה ניתן ללמוד מן המבנה של מטבע הלשון 'ועשית הישר והטוב'? נראה כי מטבע לשון זה מכמין בתוכו כמה ניואנסים לשוניים-משפטיים.¹²⁶

122 משנה תורה, מלוה ולוה, פרק כב, הלכה טז. וראו שו"ת חתם סופר, לעיל ה"ש 117: "אף על גב דמן התורה, כיון ששמו ליה בית דין לבעל חוב הרי היא שלו לחלוטין ולצמיחת עלמין [...] ובכל זה ראו חז"ל, דיותר טוב וישר הוא שיהיה שומא הדרא. אפילו אחר שהחזיק זה הלוקח בו כמה וכמה שנים, יבואו בעלים הראשונים ויסקוהו בוויז ויציאהו ממנו, מפני שראו חז"ל כי בקושי גדול אדם מניח קרקע ביד אחר, ומכל שכן בית דירתו, ולבו של אדם דוה עליו, והיה זה אכזריות גדול אם יחזיק הנושה הזה בקרקעו של זה אשר באה לידו שלא ברצון המוכר, כי אם מחמת דוחקו, והבית דין החליטו לו. וזה הוא בכלל ועשית הישר והטוב".

123 התלמוד עיגן כללים אלה בפסוק באמצעות הלשון "משום שנאמר" (או בלשון "משום" בלבד) ולא כמקובל במקרים אחרים בלשון "שנאמר". לשון זו – "משום שנאמר" – מלמדת שאין מדובר בדרשה רגילה של הפסוק אלא בהיסק עקיף בלבד, שאותו ניתן לראות כחילוץ כלל-נקודתי מתוך עיקרון כללי. על כך ראו דוד הנשקה שמחת הרגל בתלמודם של תנאים 129 וה"ש 146 שם (2007): "הבחנה ברבדים מאוחרים שלתלמוד בין 'שנאמר' ל'משום שנאמר': הראשון מבטא לימוד פשוט, ואילו האחרון – היסק עקיף". ראו גם יעקב נחום הלוי אפשטיין מבוא לנוסח המשנה חלק א 533 (מהדורה שלישית, 2000); דוד הנשקה "חמץ של אחרים: פרק בתולדות ההלכה" תעודה טז-יז 155, 198 (התשס"א). וכבר עמד על כך רש"י, גיטין כו ע"א, ד"ה "אלא". באופן כללי ראו ש"י פרידמן "שום דבר – למילים בעלות גון משמע נויטראלי בלשון חז"ל" עיונים בלשון חכמים 79 (משה בר-אשר ואורנה תירוש-בקר עורכים, 1995).

124 ראו למשל פירוש הרמב"ן לדברים ו 18: "מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר ציווך, ועתה יאמר: גם באשר לא ציווך תן דעתך לעשות הישר והטוב בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה עניין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה [...] חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר" (ראו גם פירוש הרמב"ן לויקרא יט 2; פירוש רש"י לדברים ו 18). וכן מגיד משנה על משנה תורה, שכנים, פרק יד, הלכה ה: "אמרה [התורה] ועשית הישר והטוב, והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם [...] והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו [...]".

125 לסקירה של פסיקות שעשו מגוון שימושים בעיקרון 'ועשית הישר והטוב' ראו KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 272.

126 מן הבחינה הצורנית יש דמיון בין העיקרון 'ועשית הישר והטוב' לבין העיקרון הלטיני *aequum et bonum* [what is good and equal], אולם כפי שהראה Kirschbaum, הדמיון הוא בעיקרו צורני, ואילו התכנים שונים (KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 279). על העיקרון הלטיני ראו MAX KASER, ROMAN PRIVATE LAW 146 (Rolf Dennenbring trans., 2nd ed. 1968); WILLIAM W. BUCKLAND, EQUITY IN ROMAN LAW 11 (1911); *Aequitas*, ENCYCLOPEDIA OF ROMAN LAW 354 (Adolf Berger ed., 1953). להשוואתו עם העיקרון התלמודי המקביל ראו זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 99; BOAZ COHEN, 1 JEWISH AND ROMAN LAW 49 n. 117 (1966); Shilo, לעיל ה"ש 116, בעמ' 388.

כפי שראינו לעיל, הכללים התלמודיים שנגזרו מהעיקרון "ועשית הישר והטוב" מלמדים שהוא קובע דרכי התנהגות ולא כוונות ומצבי תודעה. מטבע הלשון מבטא זאת בבהירות: "הישר" ו"הטוב" משמעם בדרך כלל המעשה הישר והמעשה הטוב,¹²⁷ ואכן המילה הראשונה בעיקרון זה – "ועשית" – מבהירה זאת במפורש (אם למשל ננסה להמיר את מטבע הלשון "הישר והטוב" במונח "תום לב" נקבל פסוק חסר פשר: "ועשית תום הלב"^{128,129}).

מטבע הלשון "ועשית הישר והטוב" בנוי בדרך של הגדרה על דרך החיוב ולא על דרך השלילה. בכך הוא מבטא את ההנחה כי יש לנו בהירות באשר לטיבו של המעשה החיובי הרצוי בלא צורך בתיווכה של ההגדרה הנגטיבית של המעשה השלילי. אכן, נראה שמטבע לשון זה מעוצב כדרישה של נורמת-רף – "הישר והטוב" – ולא כנורמת-סף בלבד. האם "הישר והטוב" הם שני מונחים בעלי שתי משמעויות נפרדות ומצטברות ("ועשית הישר וגם הטוב") או שמא הם מציינים אמת-מידה אחת? במבט ראשון היה נראה כי כאן חברו יחדיו שני מונחים שונים, ואין זה הכרח שמשמעו של "הישר" זהה למשמעו של "הטוב". ואכן, יש מקורות תנאיים שבהקשרים אחרים ניסו לעמוד על המבחין ביניהם.¹³⁰ ברם בכל הנוגע לתחולתו של עיקרון זה במשפט הפרטי נראה כי האמוראים קראו את "הישר" ו"הטוב" בנשימה אחת, ולמעשה ראו בהם אמת-מידה אחת.¹³¹ בכך יש אולי כדי להפתיע, שכן פעמים רבות חז"ל נוטים למצוא משמעויות מסוימות, נפרדות, בכל מילה, אות ותג כשהם דורשים כפילויות לשון כמקור לריבוי משמעויות, ואילו כאן הם נטו לקרוא את שני המונחים כמבטאים משמעות אחת.

על פני הדברים נראה כי "הישר" ו"הטוב" הם אמות-מידה קבועות ואינן תלויות באדם העושה, כלומר אין די שזו תהיה התנהגות ראויה בעיני הצדדים, אלא היא צריכה להיות ראויה על פי אמות-מידה קבועות. אכן, לא אמר הכתוב "ועשית הישר והטוב בעיניך" אלא

127 כגון "לְעֵשׂוֹת הַיָּשָׁר בְּעֵינֵי ה'" (מלכים א, כב 43); "וה' הטוב בְּעֵינָיו יַעֲשֶׂה" (דברי הימים א, יט 13).
128 אלא אם היינו מוסיפים אות אחת בלבד: "ועשית בתום לב", שאז משמעו הייתה יכולה להיות "ועשית בכוונת תום לב" (מעין לשון המחוקק "לנהוג בתום לב", או הפסוק "בְּתָם לְבָבִי וּבְנִקְיָן פִּי עֲשִׂיתִי זֹאת" המובא לעיל, ליד ה"ש 98).

129 אך ראו פירוש הרמב"ן לדברים ו 18: "ועשית הישר והטוב בעיני ה'" – על דרך הפשט יאמר תשמרו מצות השם ועדותיו וחוקותיו ותכוין בעשייתן לעשות הטוב והישר בעיניו בלבד".

130 ראו לעיל ה"ש 116. כן ראו דברי המדרש על הפסוק: "שמור ושמעת את כל הדברים האלה אשר אנכי מצוך למען ייטב לך ולבניך אחריו עד עולם כי תעשה הטוב והישר בעיני ה' אלהיך" (דברים יב 28): "כי תעשה הטוב והישר – הטוב בעיני שמים והישר בעיני אדם, דברי רבי עקיבה [...] רבי ישמעאל אומר: הישר בעיני שמים" (ספרי, דברים, פרשת ראה, פסקא עט, (מהד' פינקלשטיין 145)). ראו גם מדרש תנאים, דברים יב; פסיקתא זוטרתיא (לקח טוב), דברים, פרשת ואתחנן, יא ע"ב.

131 על כך ראו גם יהודה מוריאל "הישר והטוב" סיני ע 92 (התשל"ב). אך ראו כסף משנה על משנה תורה, מלוה ולוה פרק כב, הלכה טז: "דכיון דמשום ועשית הישר והטוב הוא, אם יצטרך לפדותה ביותר ממה ששמוה לו, אין זה טוב לו", וממנו נראה שה"טוב", בשונה מן "הישר", הוא טובתו האישית של החייב. ראו גם רש"י, בבא מציעא קח ע"ב, ד"ה "לית בהו".

"ועשית הישר והטוב בעיני ה'", סיומת המדגישה לכאורה את אמת-המידה האובייקטיבית הנדרשת.¹³²

מהו תוכנם הקונקרטי של "הישר והטוב"? דבר זה אינו מחוור, וקשה להתחקות אחר הדרך שבה חכמים קישרו מונחים כה רחבים ומעורפלים עם מסקנות אופרטיביות כ"דינא דבר מצרא" ו"שומא הדר לעולם". מובן שיש כאן הרבה מן האינטואיציה (ולחלופין משום עיגון בדיעבד של דין קיים בדרך של אסמכתא), ועדיין קשה להסביר כיצד התקדמו חכמים מן הנוסחה הכללית והעמומה של "הישר והטוב" אל התכנים הקונקרטיים האמורים. מבחינה זו נראה ש"הישר והטוב" אינם בהירים מ"תום לב".

המילה "ועשית" מעוררת עניין מכיוון נוסף. בהיותה מנוסחת בגוף שני יחיד, היא מותירה מרווח לכלל פרשנויות באשר לזהותו של נמען העיקרון, ויש בדבר כדי להשפיע על מידת האכיפה של הדין.¹³³ היא יכולה להתפרש כמופנית ישירות אל היחיד ומורה לו לעשות הישר והטוב, אז הדבר עשוי להיות תלוי בסופו של דבר ברצונו הטוב. מנגד, היא גם יכולה להתפרש כמופנית אל בית-הדין ומחייבת אותו להקפיד, כלומר לאכוף, שאנשים יעשו את הישר והטוב. מתוך המקורות התלמודיים נראה כי על דרך הרוב הביטוי "ועשית הישר והטוב" התפרש כמקור לנורמות משפטיות הנאכפות בידי בית-הדין במלואן ("דינא דבר מצרא", "שומא הדר לעולם"). אולם במקורות מאוחרים יותר לעתים התפרש העיקרון כמורה על נורמות שנתרו בתחום האתי-חברתי, אשר בית-הדין יסתפק בהמלצה לנהוג על פיהן ויותר את ההכרעה הסופית לאדם עצמו.¹³⁴

המבנה התחבירי של הביטוי "ועשית הישר והטוב" מעלה סוגיה משפטית נוספת. ביטוי לאקוני זה אינו מכיל מילת יחס בין המילה "ועשית" לבין המילים "הישר והטוב", ובכך הוא מאפשר קריאות שונות. אפשרות אחת, אולי זו האינטואיטיבית, היא "ועשית את הישר והטוב".¹³⁵ על פי אפשרות שנייה ניתן לקרוא "ועשית על-פי הישר והטוב"¹³⁶ או "ועשית

132 השוו עם מקומות אחרים במקרא, נטולי הקשר משפטי-נורמטיבי, שבהם הצירוף הטוב והישר מופיע בסיומת שונה, סובייקטיבית, למשל "כִּטְוֹב וְכִיָּשֶׁר בְּעֵינֶיךָ" (יהושע ט 25), "אִישׁ הַיָּשָׁר בְּעֵינָיו יַעֲשֶׂה" (שופטים יז 6; שם, כא 25). ראו גם דברים יב 8; ירמיהו כו 14.

133 להבדיל מנוסח המדגיש כי הוא מופנה לבית הדין ("מי שאינו עושה הישר והטוב דינו כך וכך"). על דרכו של המשפט העברי לנסח דבריו באופן הפונה במישרין אל האדם (ולא דרך תיווכו של בית הדין), ועל הטעמים לכך ראו זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 52; שלום מ' פאול "דגמי ניסוח של החוק בישראל ובמסופוטמיה" לשוננו לד 257 (התש"ל).

134 ראו רש"י, דברים ו 18: "[ועשית] הישר והטוב – זו פשרה, לפנים משורת הדין". ראו גם פירוש הרמב"ן, שם, שצ"ן לגבי דברי רש"י: "ולרבותינו בזה מדרש יפה". אלא שלא התברר מקורו של המדרש. בפסיקתא זוטרתא (לקח טוב) על שמות טו 26 (מהדורת בובר, נא ע"ב) מופיע: "והישר בעיניו תעשה – זו לפנים משורת הדין". על כך ראו גם פסקי הדין של המשנה לנשיא אלון, הנוכחים לעיל בה"ש 101; זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 98; דרורי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 58; MEIR TAMARI, THE CHALLENGE; 116, לעיל ה"ש 116, KIRSCHENBAUM; לעיל ה"ש 116, Shilo, *Lifnim*; OF WEALTH 34, 137 (1995); בעמ' 59, 109.

135 מעין מה שנמצא (על דרך ההיפוך) בפסוק "כִּי יִמְצָא בְּקֶרְבְּךָ בְּאֶחָד שְׁעָרֶיךָ אִשָּׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לְךָ אִישׁ אוֹ אִשָּׁה אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה אֶת הַרְעָה בְּעֵינֵי ה' אֱלֹהֶיךָ לְעֵבֵר בְּרִיתוֹ" (דברים יז 2).

136 כגון "עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יוֹרֵד וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֵאמְרוּ לְךָ תַעֲשֶׂה" (דברים יז 11), שפירושו הוא לעשות על פי התורה ועל פי המשפט.

בדרך הישר והטוב".¹³⁷ האם יש הפרש בין אפשרויות תחביריות אלה? דומני כי ייתכן שעל-פי המובן הראשון, המקסימליסטי, העיקרון פונה גם לאדם היושב באפס מעשה ומורה לו את המעשה שעליו לעשות. לעומת זאת על-פי הקריאות האחרות, שהן מתונות יותר, אפשר שהעיקרון מתייחס לאדם שכבר בחר לבצע פעולה מסוימת, וכלפיו נאמר שעליו לעשותה בדרך הישר והטוב.¹³⁸ הביטוי עצמו לאקוני וקשה לפיענוח. לכל הפחות מן הדוגמאות התלמודיות ("דינא דבר מצרא" ו"שומא הדר לעולם") נראה שהן אינן מחייבות קריאה החורגת מן הקריאה המינימליסטית דלעיל. כך למשל הדין אינו מחייב את הבעלים למכור את המקרקעין לשכנו, אלא הוא קובע שאם הבעלים מעמיד את המקרקעין שלו למכירה, עליו לתת זכות קדימה לשכנו, מעין "ועשית בדרך הישר והטוב". כמו כן הדין קובע כי אם הנושה בוחר לממש את חובו בדרך של גביית נכסי החייב, עליו לעשות זאת בדרך המאפשרת לחייב לפדות את נכסיו שנלקחו ממנו.

העמקה נוספת במשמעות המושגית והמינוחית של העיקרון "ועשית הישר והטוב" תתאפשר באמצעות עימותו עם העיקרון המקביל "כופין על מידת סדום".

ד. כופין על מידת סדום

עיקרון נוסף שהתפתח אף הוא בתלמוד הבבלי קובע כי "כופין על מידת סדום", כלומר כופין אדם שלא לנהוג לפי מידת סדום.¹³⁹ רבות נכתב על עיקרון זה, בעיקר בדבר יישומו השונים,¹⁴⁰ לפיכך אסתפק בסיכום קצרצר שיאפשר לפתח את הדיון במישורים הלשוניים והמושגיים.

137 מעין הביטויים "עֲשֵׂה בְּשִׁגְגָה" (במדבר טו 29), "וְהַנֶּפֶשׁ אֲשֶׁר תַּעֲשֶׂה בְּיַד רְמָה" (שם, 30), שמשמעם עשייה בדרך של שגגה או בדרך של יד רמה.

138 וראו לעיל ה"ש 79.

139 אף עיקרון זה מופיע רק בתלמוד הבבלי, אך לא בתלמוד הירושלמי. ראו לעיל ה"ש 114. ראו גם KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 188. לא אכנס כאן לשאלה כיצד פירשו חכמים את הדימוי של העיר סדום, וכיצד הם גזרו מדימוי זה את מאפייניו של העיקרון המשפטי. על כך ראו וינרוט "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 97, עמ' נז; דרורי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 26. אין קשר בין המונח המוכר כיום "מעשה סדום", שהקשרו מיני, והוא פרי שימושים נוצריים ימי-ביניים בדימוי העיר סדום (ראו למשל MARK (D. JORDAN, THE INVENTION OF SODOMY IN CHRISTIAN THEOLOGY (1997)), לבין המונח החז"לי "מידת סדום", שמושבו בתחום דיני הקניין (ראו משנה, אבות ה, י; להלן ה"ש 177). בלשון חז"ל מידה סדומית אינה קשורה אפוא במיניות אלא באנוכיות, ו"כשאדם רע קורים אותו סדומי" (בראשית רבה, לך לך, פרשה מ (מהדורת תיאודור-אלבק 394)).

140 על כך ראו הרב אהרן ליכטנשטיין "לבירור כופין על מידת סדום" הגות עברית באמריקה, א, 362 (1972); הרב מרדכי פרבשטיין "שו"ת בדיון כופין על מידת סדום" שורת הדין ב, שכג (התשנ"ד); וינרוט "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 97; דרורי, לעיל ה"ש 97; "כופים על מידת סדום" אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 118, כרך כז, תקנז; KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 185, Shilo, Kofin; לעיל ה"ש TAMARI; 97, לעיל ה"ש 134, בעמ' 137.

העיקרון "כופין על מידת סדום" חל במקרים שבהם אדם עומד בדווקנות על זכויותיו¹⁴¹ אף שלא צומחת לו כל תועלת מהתעקשות דווקנית זו. אלה הן הסוגיות התלמודיות הרלוונטיות שבהן הופיע העיקרון:¹⁴²

התאמת חוזה לנסיבות חדשות – שניים מתקשרים בעסקה, ובשלב מאוחר מבקש אחד הצדדים לשנות את התנאים כדי להתאימם לנסיבות חדשות שנוצרו, וזאת באופן שייטיב את מצבו שלו ובלא שתהיה לכך כל פגיעה באינטרס הצד שכנגד. נפסק שהתעקשותו הדווקנית של הצד שכנגד היא מידת סדום, ו"כגון זו כופין אותו על מידת סדום", כלומר יהיה ניתן לכפות את השינוי בתנאי העסקה.¹⁴³

חלוקה בין יורשים – אדם מוריש לבניו כמה שדות השווים זה לזה בגודלם ובאיכותם. לאחד היורשים העדפה מיוחדת לאחד השדות (השדה צמוד לשדות אחרים שברשותו והוא מעוניין ברצף), ואילו לשאר היורשים אין העדפה מיוחדת לשדה מסוים, ובכל זאת הם מתנגדים לבקשת אחיהם.¹⁴⁴ נפסק כי התנגדותם של האחים היא מידת סדום, ולפיכך אותו יורש יקבל את החלק המתאים להעדפתו.¹⁴⁵ חכמי התלמוד נחלקו ביניהם בדבר גבולות העיקרון (אימתי ייחשב הדבר שאין ליורשים סיבה כלכלית מוצדקת להתנגד לבקשת אחיהם),¹⁴⁶ אך הכול מסכימים על עצם קיומו.¹⁴⁷

141 עקרונית, "כופין על מידת סדום" עשוי לחול על עמידה דווקנית על כל זכות משפטית שהיא, אף מחוץ לתחומי המשפט הפרטי, אלא שהדברים חורגים מעבר לגבולות יריעה זו.

142 לדוגמה נוספת בתחום ההלכה הדתית ראו בבלי, עירובין מט ע"א, שם נקבע כי כופין על בני חצר להשתמש בשבת במבוי זה ולא במבוי אחר, כיוון שהדבר עשוי להקל על דיני הטלטול בשבת של בני אחד המבואות, ואילו לבני החצר עצמם אין כל הבדל בדבר. למעשה, סוגיה זו מדגימה שוב את המגבלות שמטיל המשפט העברי על השימוש בקניין הפרטי (במקרה זה בחצר ובמבוי) על מנת להתחשב באינטרס הזולת. סוגיות אלה נסקרו בהרחבה במקורות הנזכרים לעיל בה"ש 140.

143 הדוגמה התלמודית (בבלי, כתובות קג ע"א) היא של חוזה שכירות, שבו אדם שוכר ריחיים ובתמורה עליו לטחון את חיטיו של המשכיר בעל הריחיים. כעבור זמן רכש בעל הריחיים לעצמו ריחיים נוספות, ולפיכך שירותי הטחינה של השוכר הפכו להיות מיותרים לו, והוא מבקש מן השוכר לשלם לו מעתה ואילך דמי שכירות במקום שירותי הטחינה שניתנו עד כה. על-פי סוגיית התלמוד, אם לשוכר אין מחסור בלקוחות והוא יכול לטחון בשביל אחרים ולהשתכר, אזי השינוי בחוזה ייאכף, והשוכר יחויב לשלם למשכיר, שכן התעקשותו להיצמד לחוזה ולהמשיך ולטחון את חיטיו של המשכיר היא מידת סדום. לפסיקת הלכה ראו משנה תורה, שכירות, פרק ז, הלכה ח; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שיח, סעיף א.

144 במשפט הישראלי הוסדר עניין זה באמצעות הוראות ספציפיות בס' 112 לחוק הירושה ("נכסי העובון יחולקו בין היורשים ככל האפשר בעין, בשים לב לתועלת שנכס פלוני עשוי להביא ליורש פלוני ולערך הרגשי שיש לנכס פלוני לגבי יורש פלוני"). ראו גם ס' 41(א) שם. כן ראו Shilo, Kofin, לעיל ה"ש 97, בעמ' 52 וה"ש 9 שם.

145 בבלי, בבא בתרא יב ע"ב.

146 כך למשל אם השדות אמנם שוות בגודלן ובאיכותן, אולם כל אחת מחוברת לתעלת השקיה נפרדת, אזי לדעת האמורא רב יוסף יש בכך כדי להצדיק את התנגדות האחים לבקשת האח, שכן ייתכן שייווצר שוני באיכות השדות לפי שינויים עתידיים שאפשר שיהיו בתעלות השקיה. ואילו לדעת האמורא רבה, אין בדבר כדי להיחשב סיבה כלכלית מוצדקת להתנגדות לבקשת האח. להרחבת דברים בשיטתו של רב יוסף ראו להלן ה"ש 157.

147 Shilo, Kofin, לעיל ה"ש 97, בעמ' 50.

שכנים – על-פי המשנה, אדם אינו רשאי לקבוע חלון חדש בכותל ביתו המשקיף לשטח שכנו, בשל הפגיעה בפרטיות.¹⁴⁸ על כך מעירים בתלמוד כי אם החלון החדש יהיה בגובה ד' אמות (כשני מטר), אין השכן יכול לממש את זכותו ולמנוע את התקנת החלון, שכן הפגיעה בפרטיות אינה רבה בגובה זה ו"כופין על מידת סדום".¹⁴⁹

עשיית עושר ולא במשפט – אדם פלש לשטח ריק שבבעלות אדם אחר, שאינו עומד לשימוש או להשכרה, ובתקופה שפלש לנכס לא גרם נזק לנכס או הפסד לבעלים.¹⁵⁰ האם הוא יהיה חייב בתשלום דמי שכירות? על-פי מסקנת התלמוד, אם יוכח שלבעלים לא נגרם כל נזק או אבדן הזדמנות (הנכס לא הועמד להשכרה), יהיה הפולש פטור מתשלום.¹⁵¹ התלמוד לא קשר במפורש מסקנה זו עם העיקרון "כופין על מידת סדום", אולם לדעת מפרשים רבים, עיקרון זה הוא שעומד ביסוד הדין "זה נהנה וזה אינו חסר – פטור", שכן מידת סדום היא לתבוע תשלום במקום שבו לא נגרם כל נזק או הפסד.¹⁵²

כדרכו, הטיב הרמב"ם למצות את פשרו של הדין במילים ספורות: "כללו של דבר, כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חבירו הפסד כלל – כופין אותו לעשות".¹⁵³

הדוגמאות שנמצאו בתלמוד לדין "כופין על מידת סדום" שימשו בתקופה הבתרא-תלמודית בסיס למגוון רחב של פסיקות נוספות.¹⁵⁴ מסכת ענפה זו של מקרים ופסיקות הצמיחה דיונים מרובים בדבר גבולותיו הראויים של דין "כופין על מידת סדום". כך למשל דנו בשאלות אם היעדר הפסד לבעלים צריך להיות מוחלט או שמא גם הפסד זניח בכלל זה; אם דין הפסד עתידי כדין הפסד עכשווי; אם פוטנציאל של הפסד דינו כהפסד בפועל; אם יש למדוד את ההפסד במונחים מוחלטים, או שמא יחסית למידת התועלת שמפיק הצד שכנגד. כתיבה רבה הוקדשה גם לשאלה אימתי דין "כופין על מידת סדום" יישמש אמצעי לכפיית התנהגות מלכתחילה,¹⁵⁵ ואימתי ניתן להשתמש בו כדיעבד בלבד,¹⁵⁶

148 משנה, בבא בתרא ג, ו.

149 בבלי, בבא בתרא נט ע"א. אחרים חולקים וסוברים שבכל מקרה יוכל השכן למנוע את פתיחת החלון החדש, אולם התלמוד מבהיר כי אין זו מחלוקת עקרונית, שכן טעמים של המתנגדים הוא שאף בגובה זה נוצר נזק מסוים לשכן.

150 למשל, בעל בית נסע לחו"ל למשך תקופה ממושכת ולא השכיר את מקום החניה השייך לביתו. שכנו החנה את רכבו באותה חניה למשך אותה שנה. הוא לא גרם כל נזק לחניה ואף לא לבעליה, שכן היא לא הועמדה להשכרה.

151 בבלי, בבא קמא כ, ע"א-כא, ע"א. מסקנה זו התקבלה לאחר מחלוקת ודיונים נרחבים בין חכמי התלמוד.

152 ראו למשל ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? "הפרקליט לז' 203, 213 (1986); יהונתן בלס עשיית עושר ולא במשפט 55 (1991). ראו גם נחום רקובר עושר ולא במשפט: הנהגה מנכסי חברו בזכות ושלא בזכות 21 (1987).

153 משנה תורה, שכנים, פרק יב, הלכה ג. ראו גם שם, פרק יב, הלכה א; שם, פרק ז, הלכה ח; שם, שכירות פרק ז, הלכה ח. ראו גם פירוש הרמב"ם למשנה, דמאי ו, ח: "דבר שיועיל לרעך ולא יזיק לך יכריחוך עליו, כי מניעת דבר זה הוא ממדת אנשי סדום" (כך בנוסח ה"ש, ובמהדורת הרב קפאח העיר שזו מהדורה קמא).

154 השימוש של פוסקי ההלכה הבתרא-תלמודיים בעיקרון "כופין על מידת סדום" היה נרחב לאין ערוך מן השימוש בעיקרון "ועשית הישר והטוב". לסקירה ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 140.

155 ראו לעיל, הדוגמאות של טחינת הריחיים ושל ירושת השדות ליד ה"ש 143-144.

156 ראו לעיל, הדוגמה של הפלישה לחצר הזולת ליד ה"ש 150.

ועוד שאלות כיוצא באלה. מתוך הדיונים הרכים בספרות הפסיקה עולה כי עצם קיומו של דין זה, להבדיל מדרכי יישומו וגבולותיו, אינו שנוי במחלוקת הפוסקים.¹⁵⁷ בדומה לדין "ועשית הישר והטוב", גם "כופין על מידת סדום" מתפקד כעיקרון משפטי ולא ככלל משפטי. על פי צורתו הכללית, הוא אינו קשור בענף משפטי מסוים ואינו מוגבל לסיטואציה מוגדרת. אכן, כפי שראינו, תחולתו רחבה, ולמעשה הוא משתרע על פני המשפט הפרטי כולו ואף מעבר לו. המילים המופיעות כמה פעמים בתלמוד: "כגון זה כופין על מידת סדום"¹⁵⁸ מלמדות כי לנגד עיני חכמים עמד עיקרון רחב אשר יישומו שבתלמוד אינם אלא מקרים פרטיים.¹⁵⁹

כיצד ניתן לאפיין את העיקרון "כופין על מידת סדום" על פי מבנהו הצורני והלשוני? מטבע-לשון זה מגדיר את הנורמה בדרך שלילית; הוא אינו מציין את ההתנהגות הרצויה אלא את הראויה לגינוי.¹⁶⁰ מבחינה זו נראה שמטבע הלשון "כופין על מידת סדום" עשוי להדגים את טענתו של סאמרס, אפילו טוב מכפי שהוא טען באשר למונח "Good Faith".

157 עם זאת יש בין הראשונים שצמצמו את הדין במידה רבה, עד שכמעט הביאו לאיונו. ראו בהקשר זה מחלוקתם של רש"י ורבנו תם לגבי הסוגיה של חלוקת השדות בין יורשים (לעיל ליד ה"ש 144). כאשר השדות שוות לגמרי בגודלן ובאיכותן, סבור האמורא רבה כי מכוח העיקרון "כופין על מידת סדום" זכאי היורש שיש לו קרקע בקרבת אותן שדות לקבל את חלק הירושה הקרוב לשהו. ואילו לדעת האמורא רב יוסף, ראשים היורשים האחרים להתנגד ולדרוש פיצוי כספי תמורת הקצאת אותה שדה ליורש המעוניין בה, שכן: "אמרי ליה אחי: מעלין ליה עלויא כי נכסי דבי בר מריון", כלומר זכאים האחים לומר שלראיתם מדובר בשדה שיש לה מעלה מיוחדת, ולפיכך אין הם מוכנים להעניקה אלא בקבלת תמורה (בדומה לתמורה שמשפחת בני מריון דרשו תמורת שדותיהם האיכותיות). הראשונים נחלקו בשאלה אם טענה זו של האחים צריכה להיות מגובה במאפיינים אובייקטיביים של הקרקע. על פי גישות רבות בקרב הראשונים, האחים יכולים להעלות טענה זו רק אם אכן יש לאותה קרקע אי אילו מאפיינים ייחודיים. כך למשל, לדעת הרמב"ן הטענה תתאפשר רק אם מדובר בשדה שהיא קרובה משאר השדות (חידושי הרמב"ן, שם). לדעת רש"י, טענת האחים תישמע רק אם מדובר בשדות המושקות ממי הגשמים (שדה בעל), שכן "יכולין לומר פעמים שזו מתברכת משאר השדות" (רש"י, שם, ד"ה "אמרו אחי"). כלומר, אף שאין כאן עדיפות אובייקטיבית מוחלטת של אחת השדות (שהרי כולן מושקות במי גשמים), יכולים האחים לטעון כי די בתלות בגורם הגשמים כדי להצדיק את דחיית הטענה של האח המבקש. לעומתם סבור רבנו תם, כי אין צורך בכל מאפיין אובייקטיבי מיוחד על מנת להעלות טענה זו. גם במקרה של שתי שדות זהות לחלוטין יוכלו האחים לטעון כי לראיתם השדה שמבקש אחיהם היא איכותית מן האחרות, אף שהדבר אינו מגובה בעובדות (תוספות, שם, ד"ה "מעלין"). נראה כי לפי רבנו תם, רב יוסף קרוב לאיין את דין "כופין על מידת סדום". וראו הביקורת בשו"ת הרא"ש צו, ב, שהקשה על רבנו תם: "כל זה נהנה וזה אינו חסר, דכופין על מידת סדום, אמאי כופין, והלא חסר הוא ממון שיתן לו חבירו בשביל הנאתו, אם לא נכוף לעשות בלא דמים? אלא ודאי, כיון שאין לו חסרון אלא במה שיכול לכוף את חבירו שיתן לו ממון בשביל הנאתו – מידת סדום היא". לסיכום הדעות ראו חידושי חתם סופר, בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה "אמצרי". להרחבה ראו וינרוט "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 97, בעמ' סא. ראו גם שמואל שילה "עודד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם" סיני ק, תתפב (התשמ"ז); שלום אלבק "יחסו של רבנו תם לבעיות זמנו" ציון יט 123 (1954).

158 ראו בבלי, פסחים מט ע"א; בבלי, בבא בתרא יב ע"ב.

159 השו"ת מהרי"ק, סימן ט: "כל היכא דאימתר [=כל היכן שנאמר] בתלמוד "כגון זה" למידין ממנו דבר הדומה קצת, ואף על גב דלא [דומה] לגמרי". ראו גם שם, סימן קיב.

160 מפרספקטיבה זו נראה שהרמב"ם ביקש לערוך שינוי קל בהחליפו את ההגדרה החז"לית הנגטיבית בהגדרה פוזיטיבית קרובה ("כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חבירו הפסד כלל כופין אותו לעשות"). ראו לעיל ליד ה"ש 153.

כזכור, סאמרס טען כי איננו יכולים להגדיר על דרך החיוב את המונח "Good Faith", וכי לאמתו של דבר אנו משתמשים בו רק כמונח מוציא, השולל מקרים של "Bad Faith".¹⁶¹ אחת הטענות שהועלו נגדו היא שהמונח "Bad Faith" הוא "מונח פרזיטי", שאינו עומד בפני עצמו, ומניח הבנה מוקדמת שלנו את המונח "Good Faith".¹⁶² מפרספקטיבה זו נראה שמטבע הלשון "מידת סדום" לא רק שהוא מנוסח בדרך של הגדרה שלילית, הוא אף משתמש במציין שלילי העומד בפני עצמו (לא פרזיטי), והגדרתו היא הגדרה של ממש.¹⁶³ המילה "מידת" ראויה לתשומת לב בפני עצמה. האם "מידת סדום" משמעה מידה נפשית, כלומר כוונה רעה, או שמא מידה התנהגותית, מעשה רע? נראה שהלשון עצמה אינה מכרעת בדבר, שכן בלשון חז"ל המילה "מידה" מציינת בין השאר הן מידות נפש הן דרכי התנהגות.¹⁶⁴ מתוך הדוגמאות שסקרנו לעיל נראה בבירור שאמוראי כבל פירשו את המונח "מידת סדום" כמתייחס לאופני התנהגות ולא לכוונות או למצבי תודעה. ככלל, נראה שהמונח "מידת סדום" קובע את ההתנהגות הלא ראויה על פי אמת-מידה אובייקטיבית, שאינה נשענת בהכרח על הרגליהם של הצדדים ואינה שאובה מן ההסכמות שהם גיבשו ביניהם.

ה. שני עקרונות משלימים: בין רכישת זכויות לבין מימושן

1. "חלוקת העבודה" בין שני העקרונות

לפנינו אפוא שני עקרונות שונים – "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום" – הפועלים במקביל ולכאורה מכוונים שניהם לעניין אחד. מהו היחס ביניהם? האם מדובר בעקרונות זהים או נפרדים? אימתי יחול העיקרון "כופין על מידת סדום" ואימתי "ועשית הישר והטוב"? ומדוע אין האחד מייתר את רעהו? אמנם בקרב המפרשים יש שטענו כי דין "כופין על מידת סדום" נובע מעיקרון "ועשית הישר והטוב",¹⁶⁵ ואולי משיטתם משמע שכביכול מדובר בעיקרון אחד. ברם מן התלמוד

161 ראו לעיל ליד ה"ש 69.

162 ראו ביקורתו של Patterson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 348 הנידונה לעיל, ליד ה"ש 70.

163 זאת בשל הדימוי של סדום בעולמם של חז"ל, שממנו הם גזרו את אמת המידה להתנהגות המגונה. ראו לעיל ה"ש 139.

164 דוגמה לשימוש במילה "מידה" במובנה כתכונת נפש נמצאת במשנה הזאת: "ארבע מדות בדעות: נוח לכעוס ונוח לרצות יצא שכרו בהפסדו, קשה לכעוס וקשה לרצות יצא הפסדו בשכרו, קשה לכעוס ונוח לרצות חסיד, נוח לכעוס וקשה לרצות רשע" (משנה, אבות ה, יא). דוגמה לשימוש במילה "מידה" במובנה כמעשה נמצאת במובאה הזאת: "בא וראה, שלא כמדת הקדוש ברוך הוא מדת בשר ודם. מדת בשר ודם, אדם נותן סם לחבירו – לזה יפה ולזה קשה. אבל הקדוש ברוך הוא אינו כן, נתן תורה לישראל – סם חיים לכל גופו" (בבלי, עירובין נד ע"א). להרחבה ראו "מידה" אליעזר בן יהודה מלון הלשון העברית הישנה והחדשה ד 2799 (1959); "מידה" אברהם אבן שושן המלון החדש ב 631 (1991). ראו גם יואל אליצור "מידה בלשון חז"ל והמשנה האחרונה במסכת אבות" שערי לשון כרך ב 19, 23 (אהרן ממך, שמואל פסברג ויוחנן ברויאר עורכים, התשס"ח).

165 ראו רבנו יונה, המובא בשיטה מקובצת בבא בתרא יב ע"ב; עליות דרבנו יונה, בבא בתרא יב ע"ב, סוף ד"ה "מתקיף"; תשב"ץ, חלק ד, טור א, סימן כז. ראו גם תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ג, סימן יד.

עצמו נראה שמדובר בשני עקרונות נפרדים המוזכרים בהקשרים שונים.¹⁶⁶ לפיכך יש טעם לנסות ולפענח את "חלוקת העבודה" בין שני העקרונות, ובכך יהיה כדי לשפוך אור חדש על חובת הצדדים לנהוג זה בזה בהתחשבות ובהגינות.

את השאלה מהו המבחין בין העיקרון "כופין על מידת סדום" לבין העיקרון "ועשית הישר והטוב" ניתן להמחיש באמצעות עימות בין שני מקרים דומים: כזכור, התלמוד עיגן את זכות הקדימה של שכן ברכישת הקרקע הצמודה לו בעיקרון "ועשית הישר והטוב", ואילו את זכותו של יורש לקבל את חלקת הקרקע הצמודה לקרקעותיו (כשאר היורשים אדישים לכך מבחינה כלכלית) בעיקרון "כופין על מידת סדום". מה בין שני המקרים, אשר לכאורה נראים דומים מבחינת מהותם (התחשבות בצד המעוניין בקרקע הקרובה לשאר קרקעותיו)? מדוע לא החיל התלמוד את העיקרון "כופין על מידת סדום" על המקרה של זכות הקדימה של השכן, ואת העיקרון "ועשית הישר והטוב" על המקרה של חלוקת השדות בין היורשים?

דומני שקל יותר להסבר הוא הגורם המייחד את העיקרון "ועשית הישר והטוב" על פני העיקרון "כופין על מידת סדום". העיקרון "כופין" חל רק כאשר אדם עומד בדווקנות על זכותו אף שלו עצמו אין כל הפסד בדבר.¹⁶⁷ כך לדוגמה האחים היורשים אדישים מבחינה כלכלית לשאלה איזו קרקע תיפול בחלקם, ולכן התעקשותם למנוע מאחיהם את הקרקע מוגדרת כמידת סדום. הוא הדין בשוכר הריחיים, המתעקש לקיים את העסקה ככתבה וכלשוונה (לטחון חיטים בשביל המשכיר) אף שמבחינתו לא יהיה כל הפסד אם במקום זה הוא ישלם למשכיר את שווי עבודתו שהוא ממילא עושה ללקוחות אחרים. סייג מעין זה לא מצאנו בעיקרון "ועשית הישר והטוב"; אדרבה, נראה שעשיית הישר והטוב נדרשת גם כשהדבר כרוך בטרחה או בהפסד מסוימים. כך הוא במקרה "דינא דבר מצרא", שבו הקונה הזר נדרש לוותר על רכישת הקרקע המוצעת למכירה במקום זה ולחפש את מבוקשו במקום אחר, וכל זאת כדי שלא למנוע מן השכן להרחיב את נחלתו.¹⁶⁸ כך הוא גם במקרה "שומא

על כך ראו כהן בר מצרא, לעיל ה"ש 114, בעמ' 8; KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 270. בין האחרונים הועלו הצעות נוספות לזיהוי מקורו של דין "כופין על מידת סדום", כגון מצוות "ואהבת לרעך כמוך", מצוות השבת אבדה, או המצווה המחייבת לסייע לזולת בפריקת החמור וטעינתו. ראו שו"ת עזרת ישראל (שפירא), חושן משפט, סימן קט, ד"ה "ובלא"ה"; שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סימן רמ. ראו גם שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן צב. על כך ראו Shilo, *Kofin*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 76.

166 הבחנה זו שבין שני העקרונות עולה בבירור מדברי הרא"ש, שבהם נדון להלן.

167 לדיון בהגדרת "זה אינו חסר" ראו דרורי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 47.

168 אמנם בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ סימן רלג, אפיין השואל את המקרה של דינא דבר מצרא כ"זה נהנה וזה אינו חסר". ברם דבר זה נכון רק מנקודת מבטו של המוכר, שאכן אינו חסר (מבחינה כלכלית הוא אדיש לשאלה אם הקונה יהיה השכן או הזר), אך לא מנקודת מבטו של הקונה הזר, שנאלץ לטרוח למצוא את מבוקשו במקום אחר. וכפי שעולה מדברי רש"י, בבא מציעא קח ע"א: "ועשית הישר והטוב – דבר שאי אתה נחסר כל כך שתמצא קרקעות במקום אחר, ולא תטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקין", כלומר הקונה הזר נחסר אף שאין זה בגדר "נחסר כל כך". בהקשר זה יש להדגיש כי חובת דינא דבר מצרא חלה על הקונה הזר ועל המוכר כאחד. ראו זילברג, לעיל ה"ש 100, בעמ' 106; כהן בר מצרא, לעיל ה"ש 114, בעמ' 304. לא רחוק הוא לשער כי לפי המהרשד"ם חובת המוכר הייתה יכולה להיות מבוססת גם על דין "כופין על מידת סדום", שהרי הוא אינו חסר דבר, אך לא כן חובת הקונה הזר, שיכולה להיות מבוססת אך ורק על העיקרון "ועשית הישר והטוב". לאמתו של דבר, יתכן שגם המוכר נפגע מדינא דבר מצרא,

הדר לעולם", שבו הנושה נדרש לוותר על הנכס שהוא כבר נטל מן החייב ולהחליפו תמורת פירעון דמי החוב. מקרים אלה אינם יכולים להיות מוסדרים במסגרת העיקרון "כופין על מידת סדום", שהרי כאן אין עומדת על הפרק התנהגות דווקנית. במילים אחרות, העיקרון "ועשית הישר והטוב" תובעני יותר, שכן הוא דורש התחשבות באינטרס הזולת גם כשהיא כרוכה בויתור על אינטרסים עצמיים מסוימים.¹⁶⁹

אלא שאם העיקרון "ועשית הישר והטוב" חל לכאורה על מקרים דומים לאלה של "כופין על מידת סדום" אך ביתר תובענות, אזי מדוע יש צורך בעיקרון "כופין על מידת סדום"? האם אין בכלל מאתיים מנה? על שאלה זו נתן את דעתו רבנו אשר בן יחיאל, הרא"ש (המאות ה"ג-י"ד, אשכנז-ספרד), ואת תשובתו הקצרה בנושא אבקש לפתח ולהעמיק.

דברי הרא"ש נאמרים כמענה לקושיה מעין זו שהצגתי לעיל: מדוע התלמוד מעגן את החובה של האחים היורשים להקצות לאחיהם את השדה הצמוד לקרקעותיו בדין "כופין על מידת סדום" ולא בדין "ועשית הישר והטוב"? הלא זה האחרון היה המקור לדין בר מצרא, הנראה כה דומה לכאורה למקרה של ירושת השדות. תשובת רבנו אשר הייתה –

ומה שלא אמ' [ר] רבה [= במקרה של חלוקת השדות בין היורשים] משום "ועשית הישר והטוב" כדאיתא [= כמובא ל] גבי דינא דבר מצרא, משום דהתם [= ששם] לית ליה ללוקח מידי בהאי ארעא [= אין לו ללוקח, כלומר לקונה הזר, דבר באותו קרקע], משום "ועשית הישר והטוב" אמרינן ליה [= אנו אומרים לו] שיקנה במקום אחר ויניח זה [= כלומר, לשכן] לקנות אצל מצר שלו, אבל הכא [= כאן, במקרה של היורשים] שיש לו חלק בגוף הקרקע ואנו אומרים לוותר את דינו וליתן את חברו חלק שהוא חפץ בו, לא שייך כאן "ועשית הישר והטוב", אלא משום ד"זה נהנה וזה אינו חסר" לפי שאינו מפסיד כלום בדבר ומדת סדום היא זו וכופין אותו להתרחק מן המדות הרעות ולעשות חסד עם חברו בדבר שאינו מפסיד כלום.¹⁷⁰

שכן זכות הקדימה שניתנת לשכן מגבילה את מספר הקונים הפוטנציאליים, דבר העלול לגרום לירידה בשווי השוק של הנכס. אכן יש הטוענים כי "נכס הכפוף לזכות קדימה יימכר במחיר נמוך מן המחיר שהיה ניתן עבורו אלמלא זכות הקדימה" (הושע ויסמן דיני קניין כרך ד – זכויות קדימה ופרקי משכון 9 (2014)). ברם, כפי שהעיר שם ויסמן, מידת הפגיעה של זכויות קדימה בעבירות נכסים אינה ברורה לגמרי ואינה מבוססת בראיות מוצקות.

169 מידה תובענית זו של העיקרון "ועשית הישר והטוב" יש בה כדי להסביר מדוע לעתים העדיפו הפוסקים שלא לאכוף נורמות שנקשרו בעיקרון זה, אלא להותיר אותן כהמלצות מוסריות-חברתיות בלבד, לפנים משורת הדין. עניין זה בולט, למשל, בסוגיית "הנהו שקולאי" (בבלי, בבא מציעא פג ע"א), ראו לעיל ה"ש 134.

170 שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ב, על פי כתב יד ירושלים, המובא על ידי תהילה אליצור תשובות הרא"ש בדיני נזיקין: הגות הלכתית ומתודולוגיה של פסיקה 279 ה"ש 44 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בן-גוריון, 2009) (על אודות כתב יד זה ראו אפרים אלימלך אורבך "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים" שנתון המשפט העברי ב 2 (התשל"ה)). ראו גם תוספות הרא"ש, שיטה מקובצת, בבא בתרא יב ע"ב. וכבר קדמו רבנו יונה, שכתב: "ורובה לא אתא עלה מטעם דינא דבר מצרא, שהוא משום ועשית הישר והטוב, דהתם הוא דלית ליה ללוקח מידי בהאי ארעא ואין לו להפך

במבט ראשון הבחנתו של הרא"ש עלולה אולי להיראות טכנית, אולם עיון חוזר ילמד על העניין העקרוני שביסודה. מדבריו נראה כי העיקרון "ועשית הישר והטוב" חל במצבים שבהם אדם פועל להשגת זכות חדשה, אז הדין דורש ממנו לכלכל את מעשיו באופן שלא יפגע באינטרס הזולת. לפיכך בעת שקונה זר מבקש לרכוש קרקע חדשה, חלה עליו החובה להעניק קדימות לשכן. "הישר והטוב" הוא שאדם ירכוש זכויות בלא שידרוך על רגל זולתו. אולם כאשר מדובר בשימוש בזכות קיימת, כגון חלוקת השדות השייכים לכמה יורשים במשותף,¹⁷¹ אין "הישר והטוב" תובעים מן הבעלים לוותר על מה שבידו כדי להתחשב באינטרס הזולת. הדרישה מאדם שיתחשב באינטרס הזולת וימנע מלהשתמש בזכות הקיימת בידו יכולה להתבסס אך ורק על טענה שעמידתו על זכותו היא דווקנית וחסרת כל הצדקה, שהרי אין לו כל הפסד בדבר, כלומר שזו התנהגות ב"מידת סדום".¹⁷² דין "כופין על מידת סדום" מונע מאדם מלהשתמש בזכותו בדרך דווקנית הפוגעת באינטרס הזולת כאשר אין לכך כל צידוק כלכלי.¹⁷³

אם נבקש להמשיג את הדברים נמצא כי העיקרון "ועשית הישר והטוב" חל על אופני רכישת זכויות, ואילו העיקרון "כופין על מידת סדום" חל על אופני שימוש בזכויות (בדומה, במידת-מה, לדוקטרינה המודרנית של "שימוש לרעה בזכות"¹⁷⁴).

בה, אחר שהיא על מיצר חברו, אבל כאן הרי אומרים לו לזה לוותר את דינו" (עליות דרכנו יונה, בבא בתרא יב, ב, ד"ה "ההוא גברא"). וראו גם שו"ת עזרת ישראל, חו"מ, סימן קט; פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירווי יוחסין, כרך ח, צה. לדיון כללי בשיטת הרא"ש בסוגיית כופין על מידת סדום ראו תהילה אליצור "אי התאמות בין תשובות הרא"ש לפסקי הרא"ש בדיני נזיקין" שנתון המשפט העברי כו 1, 23 (התשע"א).

171 דומני כי עניין זה אינו קשור למחלוקת האמוראים אם "אחין שחלקו" נחשבים יורשים או לקוחות (ראו למשל, בבלי, בבא קמא ט ע"א; שם סט ע"ב; בבלי, בכורות מח ע"א; שם נו ע"א). מחלוקת אמוראים זו נוגעת אך ורק לשאלה אם חלוקת השדות בין היורשים היא עסקה נוספת ביניהם, מלבד פעולת הירושה, או שמא היא פעולת הירושה עצמה (שאלה הקשורה בדיון אם "יש ברירה", שאין עניינו כאן). ברם הכול מודים בעצם קיומה של זכות כל אחד מן היורשים בנכס המשותף.

172 יודגש כי הבחנה זו של הרא"ש אינה מבוססת על ניתוח לשוני של המונחים התלמודיים אלא על ניתוח של היישומים התלמודיים של עקרונות אלה.

173 במבט ראשון היה נראה כי הרב אהרן קוטלר מציג עמדה שונה, שלפיה דין "כופין על מידת סדום" אינו חל אלא רק כאשר הזכות עדיין אינה נתונה בבעלותו של אדם: "והנראה, דסובר הרמב"ם, דכל שהוא בעלים על הדבר לא אמרינן כופין על מידת סדום להפקיע זכותו בזה, אבל בחלוקה סובר הרמב"ם דאין בזה הפקעת זכות כלל, דאין להאחד זכות בחלק זה יותר מהשני, ואין אנו מפסידים זכות מי שהוא כלל במה שכופין על מידת סדום באופן החלוקה" (משנת רבי אהרן, כרך א, חדושים וביאורים על הרמב"ם הלכות שכנים, עמ' כ (ירושלים תשמ"א)). ברם אין זה ברור שהוא דן באותו מישור דיון של הרא"ש. על כך ראו וינרוט "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 97, בעמ' סו ה"ש 21.

174 עם זאת תחולתו של העיקרון "כופין על מידת סדום" רחבה מזו של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות": "Abuse of rights comes to the aid of a party suffering or about to suffer some clear harm. Jewish law, through the *kofin* principle, allows, in certain circumstances, a plaintiff to demand a positive right vis-à-vis the defendant's property [...] The most important word in connection, Shilo, *Kofin* with abuse of rights is – harm; as to *kofin*, the word is – benefit" (בעמ' 64). ראו גם וינרוט "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 97, בעמ' נו; KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 241.

אכן, הדוגמאות שהובאו בתלמוד לעיקרון "ועשית הישר והטוב" עוסקות ברכישת זכויות. במקרה של "דינא דבר מצרא" הקונה הזר מבקש לרכוש קרקע חדשה, ולפיכך הוא נדרש לעשות זאת בדרך הישר והטוב, אף אם הדבר כרוך במחיר של כיתות רגליו וחיפוש אחר מבוקשו במקום אחר (אמנם "דינא דבר מצרא" מחייב גם את המוכר, ומנקודת מבטו מדובר במימוש זכות הבעלות, אולם דומה שאת עיקר העלות של דין זה סופג הקונה).¹⁷⁵ הוא הדין במסגרת "שומא הדר לעולם", שבו הנושה הטורף את הקרקע מבקש לשים את ידו על נכס השייך לחייב.¹⁷⁶ לעומת זאת הדוגמאות שהובאו בתלמוד לעיקרון "כופין על מידת סדום" – התאמת חוזה לנסיבות חדשות, חלוקת שדות השייכים במשותף לכמה יורשים, יחסי שכנים ותביעה נגד פולש לנכס נטוש – עוסקות כולן בשימוש בזכויות קיימות (חפציות או אישיות).¹⁷⁷

שילוב שני ההבדלים שמצאנו בין העקרונות ילמדנו כי יש ב"ועשית הישר והטוב" מה שאין ב"כופין על מידת סדום", ויש ב"כופין על מידת סדום" מה שאין ב"ועשית הישר והטוב". העיקרון "ועשית הישר והטוב" קובע את האופנים הראויים לרכישת זכויות, וכיוון שעדיין אין דבר בידיו של האדם, הוא נתבע להתחשב באינטרס הזולת גם אם הדבר כרוך מבחינתו בטרחה ובהפסד מסוימים. לעומתו, העיקרון "כופין על מידת סדום" קובע את

175 על כך ראו גם לעיל ה"ש 168.

176 אמנם בכך הוא מממש את זכותו לפירעון החוב, אך באמצעותה הוא מבקש להשיג זכות חדשה בנכס הנטרף שעדיין אינו שלו. כאמור, בתלמוד נמצאו שתי דוגמאות לעיקרון "ועשית הישר והטוב". ברם אצל הפוסקים הבתרת-למודיים נמצא שימוש נרחב ומגוון יותר בעיקרון זה. בחלק מן הדוגמאות הבתרת-למודיות בולט המאפיין של רכישת זכויות אשר צריכה להיעשות בדרך הישר והטוב: (א) אדם קשר קשרים מוקדמים עם סוחרים (אירח אותם באכסנייתו) בכוונה לסחור עמם, ובא סוחר אחר והקדימו ורכש מהם את סחורתם. נפסק כי על הסוחר השני להחזיר לסוחר הראשון את זכות הקדימה ברכישת הסחורה, ואחד הטעמים לכך משום "ועשית הישר והטוב [...] כדאמר לגבי [בר מצרא]" (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד, סימן תשסד (דפוס פראג); ראו גם שו"ת בנימין זאב, סימן רצו); (ב) אדם נכלא בידי מושל העיר, וחברו (שנכלא גם הוא עמו) הציל את שניהם מן הכלא באמצעות תשלום כופר מכיסו הפרטי. לאחר זמן הצליח הניצול הראשון לתבוע את אחד מעוזריו של מושל העיר וזכה בדין בסכום כסף. נפסק כי אף שעל פי דין הניצול הראשון אינו חייב לחלוק את הכסף עם חברו שהצילו (משום שהכליאה הייתה על פי חוק, ומשום שהנתבע לא היה מושל העיר אלא רק עוזרו), בכל זאת משום "ועשית הישר והטוב" עליו לחלוק את הכסף עם מצילו (שו"ת דרכי נועם, חושן משפט, סימן ט). במקרה הראשון מדובר אפוא ברכישת סחורה שצריכה להיעשות מתוך התחשבות באינטרסים של סוחר אחר, ובמקרה השני מדובר בקבלת פיצויים, שצריכה להיעשות תוך התחשבות באינטרסים של הנפגע-מציל האחר. עם זאת בספרות השו"ת יש שימושים רבים נוספים שנעשו בעיקרון "ועשית הישר והטוב", וכדרכה של ספרות זו הדברים הולכים ומתגלגלים ממקרה למקרה ומעניין לעניין, וחורגים מן התחום המסוים של רכישת זכויות. על כך ראו להלן ה"ש 194.

177 למעשה, הזיקה שבין העיקרון "כופין על מידת סדום" לבין הקטגוריה של שימוש בזכויות מובעת כבר בדברי המשנה במסכת אבות. כידוע, כאשר המשנה מתארת "ארבע מידות באדם" היא מציינת: "האומר שלי שלי ושלך שלך" זו מידה בינונית, ויש אומרים: זו מידת סדום (משנה, אבות ה, י. לזיקה של עקרון "כופין על מידת סדום" למשנה זו ראו למשל, רש"י, עירובין מט ע"א, ד"ה "מידת סדום"). כאן "מידת סדום" מוצגת כמיצוי מלא וכמימוש דווקני של זכות הקניין. עוד על משנה זו ועל זיקתה לעקרון "כופין על מידת סדום" ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 139–140.

אופני השימוש בזכויות קיימות,¹⁷⁸ וכיוון שמדובר בזכויות שהן כבר בבעלותו, הרי שהתחשבות באינטרס הזולת נדרשת אך ורק אם הדבר אינו כרוך מבחינתו של הבעלים בכל הפסד שהוא.¹⁷⁹

הבדל זה שבין העקרונות, כפי שהסבירו הרא"ש, עשוי להסביר מדוע העיקרון "ועשית הישר והטוב" נוסח על דרך החיוב, ולעומתו העיקרון "כופין על מידת סדום" נוסח על דרך השלילה. דומני כי אין מדובר אך ורק בגיוון לשוני, אלא הדבר מבטא את ההבדל המהותי בין שני העקרונות.¹⁸⁰ עמידה דווקנית וצרת עין על שימוש בזכויות כשאין לבעלים כל הפסד בדבר מאופיינת כהתנהגות תת-נורמטיבית. לפיכך כאן מדובר בנורמת סף שההגדרה הנגטיבית, המסמנת את ההתנהגות המגונה ("מידת סדום"), יאה לה. לעומת זאת אדם הרוכש זכות באופן שמנוגד לאינטרס הזולת עשוי להיתפס כנוהג בצורה רווחת, אשר הדין בכל זאת דורש ממנו להתעלות על עצמו ולהתחשב באינטרס הזולת גם במחיר ספיגת הפסד מסוים. כאן מדובר בנורמת-רף, אשר ההגדרה הפוזיטיבית המתארת את ההתנהגות הראויה הנדרשת – "הטוב והישר" – הולמת אותה יותר.¹⁸¹

2. הצדקות להבחנה

מהי הצדקה להבחנה זו כפי שהתפרשה בידי הרא"ש? מדוע בעת רכישת זכויות חדשות המשפט העברי תובעני יותר ודורש מן האדם להתחשב באינטרס הזולת אפילו כשהדבר

178 מקרה גבולי הוא דין "גוד או איגוד". דין זה קובע את דרך חלוקת השותפות במקום שבו נכס השותפין אינו ניתן לחלוקה. על פי הדין שהתקבל לבסוף בתלמוד (בבלי, בבא בתרא יג ע"א), השותף המבקש לפרק את השותפות רשאי להציע לשותפו: קנה אתה את חלקי בסכום מסוים או שאני אקנה את חלקך באותו הסכום (מעין ההליך הידוע כיום כ-BMBY – Buy Me Buy You). הראשונים נחלקו בעניין טעמו של דין זה. לדעת הרשב"א, יסודו של הדין בעיקרון "ועשית הישר והטוב" (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקנו); ואילו לדעת הרא"ש, יסודו בדין "זה נהנה וזה אינו חסר", כלומר בעיקרון "כופין על מידת סדום" (שו"ת הרא"ש, כלל צח, סימן ג). ייתכן שהמחלוקת קשורה במורכבותו של מקרה זה, שיש בו הן הצעה לרכישת זכויות חדשות (רכישת חלקו של השותף) הן הצעה למימוש זכויות קיימות (מכירת חלקו לשותף). לדין נרחב במחלוקת זו ראו שו"ת בית זבול, חלק א, סימן לד. עיון ביסודותיו של דין זה מחייב הרחבת דברים מעבר לגבולות יריעה זו.

179 דומני כי בנקודה זו הסברו של Kirschenbaum, אשר נדרש גם הוא לביאור דברי הרא"ש, מבטא רק מחצית מן התמונה. בעקבות הרא"ש טען Kirschenbaum שדין "כופין על מידת סדום" תובעני מדין "ועשית הישר והטוב": "[A]ccording to the Rosh, *Kofin al middat Sodom* is more demanding than *Ve-assita hayashar ve-hatov*. The former compels a person to give up something that is his already, whereas the latter compels him to desist from seeking something – not yet his – (KIRSCHENBAUM) that (without causing loss to him) will be of grater advantage to another" לעיל ה"ש 116, בעמ' 271). אלא שטיעון זה נכון במידה חלקית בלבד, מטעם כפול: ראשית, קשה לקבל את הטענה ש"כופין על מידת סדום" תובעני מ"ועשית הישר והטוב", שהרי הדין הראשון מסויג בכך שהבעלים "אינו חסר", סייג אשר לא מצאנו כמותו בדין "ועשית הישר והטוב" (וכאמור לעיל ליד ה"ש 168, מימוש עקרון "ועשית הישר והטוב" אכן כרוך בהפסד או בטרחה מסוימים); שנית, אם הצדק עם Kirschenbaum, שהעיקרון "כופין על מידת סדום" תובעני מהעיקרון "ועשית הישר והטוב", חוזרת הקושיה מה טעם יש בקיומו של העיקרון "ועשית הישר והטוב", שהרי בכלל מאתיים מנה. לשון אחר: כשמדובר בשני עקרונות מובחנים זה מזה, הכרחי שיהיה בזה מה שאין בזה, ולהפך.

180 על כך ראו גם KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 116, בעמ' 254.

181 להבחנה בין נורמות סף לבין נורמות רף ראו לעיל ליד ה"ש 73.

כרוך בספיגת הפסד מסוים, ואילו בעת שימוש בזכויות קיימות הוא מתנה את הדרישה להתחשבות באינטרס הזולת בכך שלבעלים לא יהיה כל הפסד בדבר? הבחנה זו אמנם נראית אינטואיטיבית – שימוש בזכויות נתפס כדבר הראוי להגנה רבה מזאת של רכישת זכויות חדשות – אולם האם ניתן להסביר אינטואיציה זו? דומני שניתן להעניק לכך שתי הצדקות הקשורות זו בזו.

מבחינה תורת-משפטית, החובה להתחשבות בזולת בעת רכישת הזכות משמעה במונחים הופלדיאניים פגיעה בחירותו של האדם המבקש לרכוש את הזכות.¹⁸² לעומת זאת החובה להתחשבות בזולת בעת השימוש בזכות משמעה פגיעה בזכותו של האדם.¹⁸³ מנקודת מבט זו נראה שלמשפט קל יותר להגביל חירות מאשר לפגוע בזכות, ומכאן התוצאה שהעיקרון "ועשית הישר והטוב" תובעני יותר בעת רכישת זכויות חדשות מהעיקרון "כופין על מידת סדום" בעת שימוש בזכויות קיימות.¹⁸⁴ אלא שעדיין יש להבהיר כיצד הבחנה אנליטית זו מנביעה את המסקנה הנורמטיבית שהגבלת חירות קלה מפגיעה בזכות, ומכאן החשיבות שבהצדקה הבאה.

את ההבחנה האמורה ניתן להסביר באמצעות רעיון "אפקט הבעלות" (Endowment Effect). מחקרים מראים כי אנשים נוטים לייחס לדברים שבבעלותם ערך רב מזה שהם נוטים לייחס לדברים שטרם השיגו.¹⁸⁵ לדוגמה, הערכתו של אדם את שווייה של מכונית מסוימת תושפע מן השאלה אם מדובר במכונית השייכת לו או שמא במכונית שאינה שלו.¹⁸⁶ רבים קושרים בין רעיון "אפקט הבעלות" לבין רעיון "שנאת הפסד" (Loss Aversion), שלפיו המשמעות שאנו נוטים לייחס לפגיעה ברכושנו בגלל הפסד רבה מזו שאנו נוטים לייחס להוספה לרכושנו בזכות רווח.¹⁸⁷ ייתכן אפוא כי נטייתו של המשפט העברי להחמיר בדרישותיו עם אדם הרוכש זכות חדשה ("ועשית הישר והטוב") יותר מאשר

182 במונחיו של Hohfeld, אדם המבקש לרכוש מוצר בשוק אינו בעל זכות (במובנה הצר של המילה) לעשות כן אלא בעל חירות לעשות כן.

183 השוו דברי השופט ברק בעניין שירותי תחבורה ציבוריים, לעיל ה"ש 79, פס' 7 לפסק דינו: "סעיף 39 לחוק החוזים מטיל את חובת תום הלב והביצוע בדרך המקובלת בכל הנוגע לקיומו של חיוב ולשימוש בזכות. נראה לי כי לביטויים 'חיוב' ו'זכות' יש ליתן פירוש מרחיב, באופן שהם יכללו בחובם לא רק זכות, שכנגדה יש חובה, וחובה, שכנגדה יש זכות, אלא גם זכויות מהסוג של יכולת או כוח, וכן חירות וחסיונות".

184 הסבר זה תואם את המקרה של "דינא דבר מצרא", שבו הקונה הזר מבקש ליהנות מן החירות לרכוש קרקע חדשה. אולם איני בטוח שהוא הולם כראוי את המקרה של "שומא הדר לעולם", שבו הנושה אמנם מבקש לרכוש זכות בנכס של החייב, אך הוא עושה זאת בדרך של מימוש זכותו שמכוח החוב (ולא רק בדרך של מימוש חירותו לעשות כן). לפיכך יש עדיפות מסוימת להסבר החלופי שבשורות הבאות.

185 Richard H. Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECO. BEHAVIOR & ORG. 39 (1980). לסקירה מקיפה ראו EYAL ZAMIR, LAW, PSYCHOLOGY, AND MORALITY: THE ROLE OF LOSS AVERSION 21–28 (2015).

186 הרי זה מעין מה שאמרו חז"ל: "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חבירו" (בבלי, בבא מציעא לא ע"א). ראו שם ההשלכות שיש לכך על דיני השומרים.

187 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Advances in Prospect Theory: Cumulative* 187 Thaler; *Representation of Uncertainty*, 5 J. RISK & UNCERTAINTY 297, 311 (1992), לעיל ה"ש 185, בעמ' 44. על כך ראו גם איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לויץ 323, 344 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

עם אדם המממש את זכויותיו ("כופין על מידת סדום") קשורה בכך שהטלת מגבלות על שימוש בזכויות שכבר יש לאדם נתפסת כ"שוללת ממנו" משהו שכבר יש בידו, ולעומת זאת הטלת מגבלות על רכישה של זכויות חדשות רק מגבילה את יכולתו להשיג דברים שעדיין אין לו – ופגיעתה של האחרונה פחותה.

3. ההייררכיה בין שני העקרונות

כאמור, הבחנתו של הרא"ש מובילה להבחנה בין הדרישה להתחשבות באינטרס הזולת בעת רכישת זכויות לבין דרישה כזאת בעת שימוש בזכויות. אולם יש פעולות משפטיות נוספות, שאינן בגדר רכישת זכויות וגם לא בגדר שימוש בזכויות. האם בעניינן צפוי להידרש סטנדרט דומה ברמתו לזה של העיקרון "ועשית הישר והטוב" או לזה של העיקרון "כופין על מידת סדום"? ניתן להמחיש את השאלה באמצעות סעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות, אשר כפי שראינו לעיל, קובע כי עקרון תום הלב חל "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב".¹⁸⁸ לאור הבחנתו של הרא"ש, האם "ביצוע פעולה משפטית וקיום חיוב" ראוי שיישולטו בידי העיקרון "כופין על מידת סדום" או בידי העיקרון "ועשית הישר והטוב"?

לעניין זה ניתן לתור במקורות המשפט העברי ולבקש התייחסות לפעולות משפטיות ספציפיות, אולם כאן אני מבקש לדרון בשאלה העקרונית אם העיקרון "ועשית הישר והטוב" הוא הסטנדרט הרווח, בררת המחדל, ואילו העיקרון "כופין על מידת סדום" הוא היוצא מן הכלל, או שמא להפך, והעיקרון "כופין על מידת סדום" הוא העיקר, ואילו העיקרון "ועשית הישר והטוב" עומד בצלו. דומני כי יש כמה שיקולים לכאן ולכאן, אך הדעת נוטה לאפשרות הראשונה.

אמנם, אם לבחון את העקרונות על פי מספר יישומיהם, ניתן להגיע לכאורה למסקנה כי העיקרון "כופין על מידת סדום" הוא בררת-המחדל, ואילו העיקרון "ועשית הישר והטוב" עומד בשוליו. השימוש בעיקרון "כופין על מידת סדום" אינטנסיבי מן השימוש בעיקרון "ועשית הישר והטוב" הן בספרות התלמודית הן בספרות הבתראת-למודית.¹⁸⁹ למרות זאת נראה לי שלא העניין הכמותי מכריע אלא העניין המהותי, והעיקרון "ועשית הישר והטוב" הוא עקרון-העל, אשר העיקרון "כופין על מידת סדום" חוסה בצלו וחל על קבוצה מסוימת ומוגדרת של מקרים. כמה טעמים לכך: ראשית, עניין זה מודגש במבנה הטיעון של הרא"ש. נקודת המוצא של שאלתו היא מדוע העיקרון "ועשית הישר והטוב" אינו חל גם על מקרה חלוקת השדות בין היורשים, כלומר שזהו העיקרון שאמור לחול כבררת-מחדל, ותשובתו היא כי מקרה היורשים והשדות בעל מאפיינים ייחודיים (שימוש בזכות קיימת), ולכן כאן מתאים העיקרון השני – "כופין על מידת סדום".

שנית, ובמבט רחב יותר, העיגון של עקרון "ועשית הישר והטוב" בפסוק מן התורה¹⁹⁰ משווה לו אופי ראשוני וכללי יותר, הנוגע ביסודות השיטה. תכונה זו מודגשת במיוחד אל

188 כלשון ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

189 וראו לעיל ה"ש 140.

190 לעיל ליד ה"ש 115.

מול חוסר הבהירות באשר למקורו הנורמטיבי של העיקרון "כופין על מידת סדום".¹⁹¹ דבר זה עשוי לרמז על הייררכייה בין שני העקרונות, כלומר על היותו של הראשון עיקר, והשני – משלים לו.¹⁹²

ולבסוף, בעולמם של חכמים מידת סדום נקשרה במובהק ברעיון של מימוש בעלות, כפי שמשמע מן התיאור במשנה: "האומר 'שלי שלי ושלך שלך' – [...] יש אומרים זו מידת סדום".¹⁹³ כלומר, על פי מהותו של העיקרון ועל פי הדימוי שבבסיסו, במקדו ניצב עניין השימוש בזכויות, ומכאן הסייג שהוא חל רק כאשר לבעלים אין הפסד בדבר. זאת לעומת העיקרון "ועשית הישר והטוב", שאינו מכיל דימוי הקושר אותו בסיטואציה ספציפית, ותחולתו נראית כללית יותר. לפיכך נראה שכל אימת שעל הפרק עומדת פעולה שאינה בגדר מימוש זכות קיימת, אין סיבה שלא להחיל את העיקרון התובעני יותר – "ועשית הישר והטוב".

ואכן, בפרספקטיבה מקיפה של ספרות השו"ת נראה שהשימוש של הפוסקים בעיקרון "ועשית הישר והטוב" הפליג הרחק אל מעבר למקרים התלמודיים של רכישת זכויות והוחל על מגוון עשיר יותר של סיטואציות ופעולות משפטיות, החסרות קשר עם הדוגמאות התלמודיות של "דינא דבר מצרא" ו"שומא הדר לעולם".¹⁹⁴ אמנם גם בעיקרון "כופין על מידת סדום" עשו הפוסקים הבתרת-תלמודיים שימושים רבים, רבים אפילו יותר, אולם הללו נותרו בתוך התחום שקבע התלמוד שעניינו שימוש דווקני בזכויות.

4. בחינה לשונית של מונחי המשפט העברי בראי הדילמות המושגיות

לעיל העמדתי את המונח "תום לב" בפני שורה של דילמות מושגיות, תוך בדיקת כשירותו הלשונית להביע כראוי את מהותו המשפטית של העיקרון. כעת לאחר שהעמדנו את שני העקרונות – "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום" – כשניים הפועלים במקביל ומשלימים זה את זה, נוכל לאמוד את האופן שבו הם מתפקדים יחדיו מן הבחינה המינוחית, וזאת לאור הדילמות המושגיות האמורות.

המונחים "הטוב והישר" ו"מידת סדום" אינם בהכרח ספציפיים ובהירים יותר מן המונח "תום הלב"; הם מאופיינים במידה דומה של עמימות.¹⁹⁵ כאמור לעיל, כשמדובר במושגי שסתום, הרי שעמימות במידה ראויה אינה כשלעצמה חיסרון. כשמקבלים זאת, דומני כי

191 אכן, חלק מן המפרשים טענו כי "ועשית הישר והטוב" הוא המקור של "כופין על מידת סדום", לעיל ה"ש 165, ולדידם ודאי הראשון עיקר והשני נגזרת שלו.

192 קשורה לכך גם העובדה שהעיקרון "ועשית הישר והטוב" נזכר כבר בספרות התנאים, לעיל ה"ש 116, וגם מבחינה זו הוא קודם לעיקרון "כופין על מידת סדום".

193 ראו לעיל ה"ש 177.

194 אמנה כמה דוגמאות בקליפת אגוז בלבד: אחריות שותף לשפות את שותפו שפעל לטובת השותפות (שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קסב); אחריותו של נאמן שנחשד ברמאות כלפי הבעלים (שו"ת רדב"ז, חלק ו, ב אלפים רמה); אחריות מעביד לפיצוי עובד שעבודתו הופסקה (שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קסז); חיזוק מעמדן של יורשות במסגרת דיני הירושה (שו"ת מהרי"ק, סימן עח; שו"ת חתם סופר, חלק ג (אבן העזר א), סימן קמה; שו"ת חתם סופר, חלק ה (חושן משפט), סימן קפג). לדוגמאות בתחום יחסי הקהילה והיחיד ראו שו"ת אבקת רוכל, סימן קיג; שו"ת דברי ריבות, סימן נו.

195 על כך ראו לעיל ליד ה"ש 132.

המונחים שקבע המשפט העברי מצליחים לבטא את מהותם המשפטית טוב יותר מאשר המונח "תום לב", מכמה טעמים המפורטים להלן:

המשפט העברי בחר שלא להעמיד את העיקרון על מושג אחד ויחיד אלא העדיף להשתמש בשני מונחים הפועלים במקביל.¹⁹⁶ בחירה זו אפשרה לו להביע את רעיון ההתחשבות באינטרס הזולת בכמה דרכים ובעוצמות משתנות, באופן שמעניק בידי הדיין כלים רבים יותר ומורכבים יותר להתמודד עם התנהגויות לא ראויות ביחסי הצדדים.

כך לדוגמה השימוש בכפל מונחים אפשר למשפט העברי לנסח את אחד העקרונות על דרך החיוב, כנורמת-רף, ואת העיקרון האחר על דרך השלילה, כנורמת-סף. מורכבות זו קשורה בהבחנה שעשה המשפט העברי בין עוצמות שונות של דרישת ההתחשבות בזולת, אשר לעתים היא תובענית יותר (בעת רכישת זכויות) ולעתים מתונה יותר (בעת שימוש בזכויות). זאת בשונה מן המונח "תום לב" שאינו מבהיר לגמרי אם הוא מבטא נורמת רף, נורמת סף או שמא מידה בינונית.

בהקשר זה יש לזכור כי אף שאמרנו שהעיקרון "כופין על מידת סדום" הוא נורמת סף, מינימום שאין לרדת ממנו, הרי זה נכון לאמות המידה של המשפט העברי, כלומר בבחינה פנימית. לעומת זאת כשמשווים חיצונית את העיקרון "כופין על מידת סדום" לעיקרון המקביל בן זמננו – "שימוש לרעה בזכות" – אפשר שתתקבל המסקנה שזה הראשון תובעני יותר ומציב אמת-מידה גבוהה יותר.¹⁹⁷ כלומר, היותו נורמת סף הוא עניין יחסי פנימי.

העקרונות "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום" מנוסחים בלשון המבהירה שעניין לנו בחובות התנהגות ולא באפיון של מצב תודעתי. כאמור לעיל, זו משמעות המונחים "הישר והטוב", שפירושם הוא המעשה הישר והטוב, וכפי שאכן מודגש במילה הפותחת "ועשית".¹⁹⁸ וכן השילוב שבין "כופין" לבין "מידת" משמיע שכאן עניין לנו בשלילת צורות התנהגות מסוימות.¹⁹⁹

שני מונחים אלה – "הישר והטוב" ו"מידת סדום" – מבטאים את הראוי ואת המגונה כערכים קבועים; הצדדים אינם אלה שמגדירים את תוכנם של ערכים אלה. כלומר, מונחים אלה אינם יכולים להתמצות בחובה להגשים את התכלית המשותפת של העסקה.

ולבסוף, נראה שמונחים אלה מצליחים לבטא היטב את העובדה שכאן עניין לנו באמות-מידה אובייקטיביות של ההתנהגויות הראויות והמגונות, ולא באמות-מידה סובייקטיביות. אדם הפועל בדרך מגונה, אף אם הוא סבור בטעות שכך ראוי לנהוג, אינו עושה הישר והטוב.²⁰⁰ הוא הדין במידת סדום, שאף היא אינה תלויה בהערכתו הסובייקטיבית של הבעלים אלא בבחינה האובייקטיבית של דרך התנהגותו.

196 כאמור לעיל, מלבד השניים העיקריים, העומדים במוקד מאמר זה, יש כמה מונחים נוספים העומדים בשולי הדין ומעשירים את התמונה המינוחית עוד יותר. ראו לעיל ה"ש 105.

197 על כך ראו Shilo, Kofin, לעיל ה"ש 97.

198 לעיל ה"ש 127.

199 לעיל ליד ה"ש 164.

200 וראו לעיל ליד ה"ש 132, בנוגע למשמעות ההדגשה של "הטוב והישר בעיני ה'" (להבדיל מ"הטוב והישר בעיניך").

מבחינות אלה נראה שלמונחים שקבע המשפט העברי כמה יתרונות על פני המונח "תום לב".

עם זאת מונחים אלה שפיתח המשפט העברי אינם מצליחים לבטא מרכיב אחר, שדווקא המונח "תום לב" מבטאו בהצלחה רבה יותר. המשפט העברי לא פיתח מונח משפטי שיציין את המצב התודעתי (להבדיל מחובת ההתנהגות) שאנו מכנים היום בשם "תום לב". חסר זה מורגש היטב בהקשרה של "תקנת השוק" במשפט העברי.²⁰¹ כאשר המשפט העברי דן בזכויותיו של מי שרכש נכס מאדם שאינו הבעלים האמתי,²⁰² הוא הבחין בין רכישה ממוכר שהוא "גנב מפורסם", אז יש להניח שהקונה ידע שהמוכר אינו הבעלים, לבין אדם הקונה ממוכר שאינו "גנב מפורסם", אז ניתן להניח שהקונה סבר בתמימות שהמוכר הוא הבעלים.²⁰³ שימוש זה בדוגמה של "גנב מפורסם" נועדה לאבחן את מצבו התודעתי של הקונה, אלא שבהיעדר מונח מתאים נזקק המשפט העברי לתיאור הציורי של "גנב מפורסם". מבחינה זו, המונח "תום לב" שפיתח המשפט הישראלי נראה מתאים במיוחד לתיאור תודעתו של הקונה.²⁰⁴ בהמשך אבקש לטעון כי יתרון זה מצדיק יצירת סינתזה בין המונחים שנטבעו במשפט העברי לבין המונח הישראלי של "תום לב".

201 על תקנת השוק במשפט העברי ראו נחום רקובר "תקנת השוק" במשפט העברי (בהשוואה לחוק המכר, תשכ"ח–1968, סעיף 34) "הפרקליט כח 575 (1973); נחום רקובר "תקנת השוק במשפט העברי (המשך)" הפרקליט כח, 139 (1973); רקובר המסחר, לעיל ה"ש 112, בעמ' 55; אורי שטרומן "תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה וחיוניותה" דיני ישראל ט, ז (התש"ם) (להלן: שטרומן "תקנת השוק במשפט העברי"); אורי שטרומן "תקנת השוק" הפרקליט לד 353 (1982); ישראל צינגלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים לא 837 (2001).

202 תוכנה המדויק של תקנת השוק במשפט העברי שונה מתוכנה במשפט הישראלי. עניין זה חורג מגבולות היריעה הנוכחית, והוא אינו דרוש לדיון המינוחי בשורות הבאות.

203 בבלי, בבא קמא קטו ע"א. לאמתו של דבר, בנקודה זו נחלקו הראשונים, אם תקנת השוק חלה על הקונה כל אימת שלא ידע שהנכס גנוב, או שמא רק כאשר הוא לא ידע ולא היה יכול לדעת שהנכס גנוב. לדעת חלק מן הראשונים, תקנת השוק אינה חלה על הקונה רק "אם ידע הלוקח ודאי שהוא גנוב" (ארבעה טורים, חושן משפט, סימן שנו, בשם הרא"ש). ואילו לדעת אחרים, כל אימת שמדובר בגנב מפורסם "הווי ליה לאסוקי אדעתיה דלמא גנביה" [=היה לו להעלות על דעתו שמא גנב] (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד, דפוס פראג, סימן אלף ט). לסקירה מקיפה ראו צינגלאוב, לעיל ה"ש 201, בעמ' 861; שטרומן "תקנת השוק במשפט העברי", לעיל ה"ש 201, בעמ' כה. כאמור לעיל בה"ש 52, למרות הנפקות המעשית הברורה בין שתי האפשרויות, מבחינה מושגית ומבחינה מינוחית הן חולקות בסיס משותף.

204 כאמור, את המונח "תקנת השוק" שאב המחוקק הישראלי מן המשפט העברי. לעומת זאת בהצעת חוק דיני ממונות הוחלף המונח העברי במונח "תחרות זכויות" (ס' 508–513). דומני כי המונח "תקנת השוק" עדיף, הן בשל היותו מדויק יותר מבחינה אנליטית הן בשל ההדגשה של הזיקה של המשפט הישראלי אל שורשיו במשפט העברי. במיוחד אמורים הדברים לאור העובדה ש' 511 בהצעת חוק דיני ממונות ("פדיון נכס מן הרוכש") קובע הסדר שדווקא קרוב יותר לעמדת המשפט העברי יותר מכפי שנקבע בס' 34 לחוק המכר (אף שגם ס' 511 אינו זהה לגמרי להסדר שבמשפט העברי). על כך ראו מיכאל ויגודה הערות לטייט חוק דיני ממונות, התשע"א–2010, לאור המשפט העברי (המחלקה למשפט עברי, משרד המשפטים, 2011), זמין ב-www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/HavatDaatNew/87hearotlecodexdi. לפיכך יש להצטרף על השמטת המונח "תקנת השוק" בהצעת חוק דיני ממונות.

1. תרומות אפשריות למשפט הישראלי

הבחנות מינוחיות ומושגיות אלה שפיתח המשפט העברי עשויות להיות פוריות מבחינת דיני החוזים בני זמננו, ובכוחן להציע כיווני חשיבה חדשים בכמה מישורים של עקרון תום הלב. מהם עניינם פריצת המסגרת המינוחית שקבע המחוקק הישראלי, הרחבתה והעשרתה באמצעות המינוחים שבאמתחתו של המשפט העברי, ומהם עניינם הצעת הסדרים חלופיים למצב המשפטי הקיים.

מטבע הדברים ההצעות המובאות בסעיף זה אינן משקפות את עמדת המשפט העברי בטרתו, שכן הן הרכבה של ההבחנה המושגית שפיתח המשפט העברי בתוך דיני החוזים במשפט הישראלי. עניין לנו כאן בדיאלוג בין שתי מסורות משפטיות, בנטילה של הבחנה מושגית משיטת משפט אחת ושתילתה בשיטת משפט אחרת.²⁰⁵ התוצאה הצפויה אינה לגמרי "עברית" וגם לא "ישראלית" אלא שילוב בין השתיים.

1. הרחבת המסגרת המינוחית של "תום הלב"

באמצעות שילוב בין המונחים שפיתח המשפט העברי לבין המונח שפיתח המשפט הישראלי ניתן לעשות שימוש יצירתי ולהעשיר את המערכת המינוחית בתחום עקרון תום הלב. המבנה המינוחי המשולש שיתקבל משילוב זה ייתן מענה שלם ומורכב מכפי שכל אחת מן המערכות המינוחיות מעניקה בנפרד. על פי הצעה זו, במקום מונח אחד ויחיד של "תום לב", השליט כיום, יש יתרון בשימוש ברשת ארוגה של שלושה מונחים מקבילים, שיקיימו ביניהם חלוקת עבודה ויחסי השלמה.

בכל הנוגע לחובות התנהגות שבין שני הצדדים מתאימים המונחים שקבע המשפט העברי, ואילו כאשר מדובר בתוצאה משפטית של כוונה טובה, כלומר של מצב תודעתי ראוי, דווקא המונח שהשתרש במשפט הישראלי מתאים הרבה יותר. לפיכך: בעת רכישת זכויות, ובאופן כללי יותר בעת ביצוע פעולה משפטית, חייב אדם להקפיד על עשיית הישר והטוב.

בעת שימוש בזכויות חייב אדם להימנע מלנהוג בחברו במידת סדום. תקנת השוק תחול על אדם הרוכש נכס ממי שאינו הבעלים אם הרכישה נעשתה בתום לב.²⁰⁶

כמו כן אדם שהציל אדם אחר והוציא הוצאות בקשר לכך יהיה זכאי לשיפוי אם הוא ביצע את פעולת ההצלה בתום לב.²⁰⁷

205 ספרות רבה נכתבה על אודות התופעה של Legal Transplant. ראו למשל Edward M. Wise, *The Transplant of Legal Patterns*, 37 AM. J. COMP. L. 1 (1990); ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* (2nd ed. 1993); Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 AM. J. COMP. L. 163 (2003). ראו גם טרסקי, לעיל ה"ש 12.

206 ס' 34 לחוק המכר.

207 ס' 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. והוא הדין לדוגמאות הנוספות השייכות לקבוצה זו, המנויות לעיל ה"ש 34.

דומה כי שילוש משולב זה יכול לאפשר שימוש מושכל ביתרונות שנמנו לכל אחד מן המונחים, תוך הימנעות מן החסרונות הנלווים. יודגש כי הצעה זו אינה לשילוב במשפט הישראלי של ההסדרים הספציפיים שהסיק המשפט העברי מהעקרונות "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום" (כגון "דינא דבר מצרא", "שומא הדר לעולם" או חלוקת נכסי ירושה בין יורשים), דבר המחייב דיונים פרטניים לגופם של כל אחד מן ההסדרים הספציפיים. הכוונה היא לקליטת המונחים שביסוד העקרונות עצמם. לפיכך העשרת המערך המינוחי בתחום תום הלב אין משמעה בהכרח שינוי דוקטרינרי מן הדין הקיים, אלא פתיחת שער למינוח עשיר, מורכב ובעיקר מדויק יותר.²⁰⁸ עם זאת, וכפי שנראה להלן, היא גם יכולה לפתוח בפני המשפט הישראלי צוהר למורכבויות דוקטריניות, מעשיות, שהוא טרם עמד עליהן. האם בעת הזאת, שבה השפה המשפטית בישראל כבר התקבעה והמונח "תום לב" קנה שביטה, ההצעה לשקול את חידושו וגיוונו עדיין מעשית? מחד גיסא, הזמן המתאים לכך היה לפני כמה עשורים, בתקופת התהוותה של השפה המשפטית הישראלית, ושמה עתה כבר הוחמצה השעה, ו"שבשתא כיוון דעל – על",²⁰⁹ ומאידך גיסא, המשפט הישראלי טרם הגיע לכדי גיבושו המלא, והרוויזיה המוצעת בהצעת חוק דיני ממונות תוכיח, ו"אם לא עכשיו אימתי".²¹⁰

2. היפוך ביחסי סעיף 12 וסעיף 39 לחוק החוזים

בין שהמערכת המינוחית של תום לב במשפט הישראלי תורחב ובין שתישמר כפי שהיא, יש מקום לשקול תרומה אפשרית נוספת של המשפט העברי לדיני החוזים בישראל. בכוחה של ההבחנה שקבע המשפט העברי בין דרך רכישת זכויות לבין דרך מימושן, כפי שזו התפרשה בידי הרא"ש, לאתגר את עקרון תום הלב בדרך הבאה. כאמור לעיל, המשפט הישראלי מבחין בין סעיף 12 לחוק החוזים, הקובע את החובה לנהוג בתום לב בעת המשא-ומתן, לבין סעיף 39 לחוק החוזים, הקובע את החובה לנהוג בתום לב בעת קיום החוזה. האם מדובר בחובות בעלות אופי דומה, הדורשות מן הצדדים סוג זהה של התחשבות באינטרס הזולת? המונח המשותף – "בדרך מקובלת ובתום לב" – מרמז שמדובר באותה החובה ממש, אשר חלה בשני המצבים. אם יש הבדל ביניהם, הריהו בעוצמת החובה: מעמדה של החובה בשלב המשא-ומתן נחשב רופף יותר משום שעדיין אין קשר חוזי שלם בין שני הצדדים.²¹¹

208 אשר לשאלה אם המעבר מ"תום לב" ל"כופין על מידת סדום" משמעו הורדת הסטנדרט או שמירתו ראו לעיל ליד ה"ש 197.

209 [=שיבוש כיוון שנכנס – נכנס] (בבלי, בבא בתרא כא ע"א). וראו דברי Farnsworth, לעיל ליד ה"ש 96. 210 משנה, אבות א, יד.

211 ראו שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 43, בעמ' 136: "מן הקביעה כי יחס הנאמנות החוזי אליו שואפים הצדדים אוצל על היחס הטרומי חוזי ומקנה לו את תוכנו, לא משתמעת זהות בין סוגי היחס. הקשר הנוצר בין צדדים למשא ומתן הינו, מעצם טיבו, רופף וגמיש מן הקשר הנובע מחוזה". ראו גם שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 146.

נראה כי בנקודה זו המשפט העברי מזמין חשיבה מחדש על מצבים מסוימים שבהם ראוי להחיל יחס הפוך בחומרתו. על פי ההבחנה שתוארה לעיל, המבוססת על דברי הרא"ש, יש מקום לשקול כי בעת יצירת הזכויות החוזיות, קרי בשלב המשא-ומתן, ניתן לדרוש מהצדדים התחשבות גדולה יותר באינטרס הצד שכנגד, מאשר בעת מימוש הזכויות החוזיות, קרי בשלב קיום החוזה. בשלב המשא-ומתן התחשבות בצד שכנגד עלולה לכל היותר לעלות במחיר החמצת הזדמנות ליצירת זכות חוזית חדשה, ואילו התחשבות בצד שכנגד בשלב קיום החוזה עלולה להביא לפגיעה בזכות חוזית קיימת. לפיכך אם להיעזר בטרמינולוגיה של המשפט העברי על פי הרא"ש, בשלב המשא-ומתן ניתן לתבוע מן הצדדים לנהוג זה בזה בדרך "הישר והטוב", ואילו בעת קיום החוזה, כשהם מממשים את הזכויות שכבר בידיהם, עליהם להימנע מלנהוג זה בזה ב"מידת סדום".²¹² החובה לנהוג בעת המשא-ומתן בדרך "הישר והטוב" היא במובנים מסוימים קלה מן החובה להימנע מקיום החוזה ב"מידת סדום", ובמובנים אחרים חמורה ממנה; קלה יותר משום שאין היא מגבילה את האדם במה שיש לו אלא במה שעדיין אין ברשותו, וחמורה יותר משום שלשם כך היא דורשת ממנו לעתים לספוג הפסדים מסוימים (בדמות אבדן הזדמנויות). לעומתה, החובה מכוח "כופין על מידת סדום" חמורה יותר, משום שהיא מגבילה את האדם במה שכבר ברשותו, אך היא גם קלה יותר, שכן היא חלה רק כשאינו לו הפסד בדבר.

הנה דוגמה קונקרטית ליישום אפשרי של הבחנה זו: חובת הגילוי היא אחת הנגזרות של החובה לנהוג בתום לב, ובמסגרתה צד לחוזה חייב לגלות לצד שכנגד פרטים מהותיים הנוגעים לחוזה. מכוח שני סעיפי תום הלב בחוק החוזים חובת הגילוי חלה הן בשלב המשא ומתן הן במהלך קיום החוזה.²¹³ האם חובת הגילוי זהה בעצמתה בשני שלבים אלה? על פי הצעתי, ייתכן שבשלב המשא-ומתן יש מקום לחייב את הצדדים להיות נדיבים יותר בגילוי פרטים לצד שכנגד. הבדל זה לא יתבטא במקרים הברורים והחד-משמעיים של חובת הגילוי, שבהם היא תחול בשווה בשני השלבים, אך הוא עשוי להתבטא במקרים גבוליים. כך למשל אמנם צד לחוזה היודע שלא יוכל לקיים את החוזה – כגון עובד העומד להעתיק את מגוריו לעיר אחרת ולכן ייאלץ להתפטר ממקום עבודתו;²¹⁴ חברה הנתונה בקשיים כלכליים מהותיים שימנעו ממנה את האפשרות לקיים את חלקה בחוזה – חייב לגלות זאת לצד שכנגד, הן בשלב המשא-ומתן הן במהלך קיום החוזה. אך מה הדין כאשר אין לאותו צד ודאות באשר לקיומם של קשיים אלה אלא הסתברות חלקית בלבד? האם עובד חייב לדווח למעבידו שיש סיכוי מסוים שאשתו תקבל הצעת עבודה בעיר אחרת, ולכן הוא ייאלץ לעבור דירה ולהתפטר ממקום עבודתו? האם צד לחוזה חייב להודיע לצד שכנגד שאמנם מצבו הפיננסי איתן, אך בשל טלטלה בשוק נוצר סיכון של 50% שהוא ייקלע לקשיים

212 אין כוונתי לטעון לחפיפה מלאה בין חלוקת תחומי התחולה של צמד העקרונות במשפט העברי ("ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום") לבין חלוקת תחומי התחולה של צמד הדרישות במשפט הישראלי (ס' 12 ו-39 לחוק החוזים).

213 חובת הגילוי שמכוח עקרון תום הלב נמצאת בויקה ישירה לחובת הגילוי מכוח ס' 15 לחוק החוזים (הטעיה). על השווה ועל השונה ביניהם ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 319; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 584; ע"א 770/81 רגומי בע"מ נ' אורט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(1) 617, פס' 8 לפסק דינו של השופט בך (1985).

214 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 107.

כלכליים שימנעו ממנו לקיים את החוזה? נראה לי שבאשר למקרים אלה יש מקום להטיל בשלב המשא-ומתן חובת גילוי חזקה מחובת הגילוי בשלב קיום החוזה. בשלב המשא-ומתן מצופה מאדם הגון שישתף את הצד שכנגד בקשיים שיש סבירות לא מבוטלת שיתעוררו. לעומת זאת כאשר החוזה הוא עובדה מוגמרת, וכידי הצדדים זכות חוזית שלמה, החובה לשותף את הצד שכנגד ראוייה לחול רק כאשר קשיים שיתעוררו הם בגדר קרוב לוודאי. הטעם להבחנה זו נעוץ ב"מחיר" שיש לחובת הגילוי בכל אחד מן התרחישים. בשלב המשא-ומתן גילוי הפרטים לכל היותר עלול לגרום לאבדן ההזדמנות לכרות חוזה. לעומת זאת בשלב קיום החוזה חובת הגילוי עלולה לגרום לאבדן החוזה שכבר יש בידיו.²¹⁵ כיוון שהמחיר בשלב המשא-ומתן נמוך מבשלב קיום החוזה, אזי יש מקום להטיל בזה הראשון חובת גילוי תובענית יותר.²¹⁶

היפוך ערכין זה, שלפיו ייתכן שדווקא בשלב המשא-ומתן – לעומת שלב קיום החוזה – יידרשו הצדדים ליתר ריסון והתחשבות באינטרס הצד שכנגד, קשור בשאלת התשתית של חובת תום הלב. אם אנו מניחים שהדרישה לנהוג בצד שכנגד בתום לב מקורה בבחירתם של שני הצדדים לקשור עצמם זה לזה בחוזה, אזי ברור מדוע חובת תום הלב בשלב המשא-ומתן רופפת יותר, ומדוע "ככל שמתקרבים הצדדים אל הטריטוריה החוזית, עולה מידת הקרינה החוזית, והחויב לנהוג בתום לב חזק יותר".²¹⁷ ברם אם אנו מניחים שהחובה לנהוג בזולת בדרך הישר והטוב ולהימנע מלנהוג בו במידת סדום, חלה כלפי כל אדם באשר הוא ונובעת משאיפתו של המשפט להחיל אמת-מידה מוסרית גבוהה במערכות יחסים בין-אישיות, אזי אין כל תמה שהדרישה בשלב המשא-ומתן תהיה בעצמה זהה לדרישה שבמהלך קיום החוזה, ואולי אף יתרה הימנה.

215 אף על פי שמקור מפורש לשיקול זה לא מצאתי, רמז יש בו. כאשר שלו דנה בהבחנה בין הדרישה לתום לב בשימוש בזכות חוזית לבין הדרישה לתום לב בקיום חיוב חוזי, כך היא דירגה את הדרישות: "נראה כי כאשר מדובר בשימוש בזכות חוזית, הדרישה לתום לב אינה כה גבוהה כמו לגבי קיום חיוב חוזי" (שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 108). שלו אמנם לא הסבירה מדוע הדרישה לתום לב בקיום חיוב גבוהה מהדרישה לתום לב בשימוש בזכות. נראה לי כי ההסבר לכך נעוץ במשקל שהמשפט מייחס להגנה על שימוש בזכויות קיימות ועל ההיסוס המלווה אותו כאשר הוא נדרש להצר את צעדיו של בעל הזכות.

216 דוגמה נוספת למצב ביניים של חובת הגילוי היא של פרטים מהותיים לעסקה שאמנם צד אחד בלבד יודע אותם, אך גם הצד שכנגד יכול לגלותם בקלות. האם חובת הגילוי חלה כלפיהם? בעניין זה חלוקות הדעות, כשהנטייה המסתמנת כיום היא להשיב על כך בחיוב (שאלה זו נידונה, בין השאר, בעניין ספקטור, לעיל ה"ש 84; ע"א 9019/99 קינסלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542 (2001). על כך ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 822 (1992); שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 43, בעמ' 138; שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 150). על פי הצעתי, ייתכן שלעניין זה אין הכרח להחיל אמת-מידה וזה בשלב המשא-ומתן ובשלב קיום החוזה, אלא בזה הראשון ראוי שהיא תהיה גבוהה מזה האחרון; מצבים גבוליים שאינם מחייבים גילוי כשכבר קיים חוזה עשויים לחייב גילוי כשעדיין אין חוזה אלא רק הזדמנות לכרות חוזה. אלא שסוגיה זו מעוררת שאלות כבדות הנוגעות גם להשפעת חובת הגילוי על התמריצים להשגת המידע מלכתחילה. על כך ראו Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1978) *Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1978). לסקירה נרחבת ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, *LAW, ECONOMICS, AND MORALITY* 269 (2010).

217 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 146.

סיכום

שיטה המבקשת להמשיג את רעיון תום הלב בדיני החוזים פרוסות לפניה כמה דרכים מינוחיות. כל אחת מן הבחירות הטורמינולוגיות יתרונותיה וחסרונותיה בצדה. השימוש המוגבר של המשפט הישראלי במונח "תום לב" אינו בהכרח יתרון. דומה כי שתי בעיות עיקריות רובצות לפתחו: הראשונה, נטייה חסכנית של שימוש במונח אחד בלבד כדי לציין מגוון רב, רב מדי, של מובנים הכוללים קשת רחבה של כללי התנהגות ושל מצבים תודעתיים. כפי שכתב Waddams בהקשר זה: "There is a reason to suspect the claims of tools supposed to be capable of performing so many different tasks"²¹⁸. השנייה, שימוש במונח המתאר כוונת לב כדי לציין אופני התנהגות אובייקטיביים. "תום הלב" הוא מטבע לשון המתאים לתיאור תודעתו של הרוכש במסגרת תחרות זכויות (תקנת השוק שבחוק המכר), יותר משהוא מתאים לתיאור חובות ההתנהגות של הצדדים כמופיע בחוק החוזים. ספק אם הביטוי "בדרך מקובלת", המופיע בחלק מן המקומות, יכול להקל במעט, ומה גם שאין ודאות באשר לעתיד קיומו במשפט הישראלי.

מפרספקטיבה זו, הבחירה המינוחית של המשפט הגרמני נראית מבטיחה יותר. המונחים שנבחרו בקודקס הגרמני למטרה זו – Treu und Glauben; guter Glaube – מציעים יתר גיוון וחלוקת עבודה פוריה ביניהם. לא פחות משמעותית היא העובדה שמבחינה מילולית מונחים אלה אינם מוגבלים לתיאור מצב תודעתי, אלא חלקם מציינים אופן התנהגות. על רקע זה ביקשתי לפרוש ולנתח את משנתו של המשפט העברי בסוגיה זו. נראה, כי ארגז הכלים שמציע המשפט העברי להתמודדות עם סיטואציות של חוסר תום לב כולל לא רק סט עשיר של כללים משפטיים, אלא גם שני עקרונות משפטיים בעלי תחולה נרחבת: "ועשית הישר והטוב" ו"כופין על מידת סדום". שני עקרונות אלה מובחנים זה מזה ומשלימים זה את זה, מבחינת קבוצות המקרים שאליהם הם מתייחסים, הבחירות המינוחיות שבבסיסם וסוגי החובה שהם מטילים. מה אפוא מציעה העברית, על שלל שכבותיה ההיסטוריות (מקרא וחז"ל, עד לעת החדשה), לדובריה החפצים בהחדרת ערכי שיתוף פעולה והתחשבות בזולת אל המשפט הפרטי? דומה כי היא מציעה רשת ארוגה היטב של מונחים משפטיים: בהשגת זכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב חייב אדם להקפיד על עשיית הישר והטוב, בשימוש בזכות חייב אדם להימנע מלנהוג במידת סדום, ותקנת השוק חלה על אדם הרוכש נכס בתום לב. עושר מינוחי זה, שאנו רחוקים מלמצותו, יש בו כדי להפרות את מונחיו של המשפט ואת מושגיו, לשזור אלה באלה את רבדיה ההיסטוריים של העברית המשפטית, ולחזק את הזיקה של המשפט הישראלי אל שורשיו במשפט העברי. יש חשיבות בהפנמת מכלול הרבדים, המינוחיים והמושגיים, שהעברית המשפטית מציעה לנו, ואפילו אם בסופו של יום יוכרע שלא לנצלם במלואם.

218 Waddams, לעיל ה"ש 37, בעמ' 57.